中青年法学文库



刑事诉讼构造论

李心鉴　著

中国政法大学出版社

中青年法学文库

刑事诉讼构造论

李心鉴 著

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑事诉讼构造论/李心鉴著—北京:中国政法大学出版社,1997.7

ISBN 7—5620—0778—0

Ⅰ.刑… Ⅱ.李… Ⅲ.刑事诉讼—研究 Ⅳ.D915.3

中国版本图书馆CIP数据核字(97)第13298号

责任编辑 李传敢 丁小宣
出版发行 中国政法大学出版社
经 销 全国各地新华书店
承 印 北京市通鉴印刷厂

850×1168 1/32开本 印张10.25 字数270千字
1992年8月第1版 1998年6月第3次印刷
ISBN7—5620—0778—0/D·728
印数:6,001—11,000册 定价:15.00元

社址:北京市海淀区西土城路25号
邮编:100088 电话:62229803

中青年法学文库

总　序

中华民族具有悠久的学术文化传统。在我们的古典文化中，经学、史学、文学等学术领域都曾有过极为灿烂的成就，成为全人类文化遗产的重要组成部分。但是，正如其他任何国家的文化传统一样，中国古典学术文化的发展并不均衡，也有其缺陷。最突出的是，虽然我们有着漫长的成文法传统，但以法律现象为研究对象的法学却迟迟得不到发育、成长。清末以降，随着社会结构的变化、外来文化的影响以及法律学校的设立，法学才作为一门学科而确立其独立的地位。然而，一个世纪以来中国坎坷曲折的历史终于使法律难以走上坦途，经常在模仿域外法学与注释现行法律之间徘徊。到十年文革期间更索性彻底停滞。先天既不足，后天又失调，中国法学真可谓命运多舛、路途艰辛。

70年代末开始，改革开放国策的确立、法律教育的恢复以及法律制度的渐次发展提供了前所未有的良好环境。十多年来，我国的法学研究水准已经有了长足的提高；法律出版物的急剧增多也从一个侧面反映了这样的成绩。不过，至今没有一套由本国学者所撰写的理论法学丛书无疑是一个明显的缺憾。我们认为，法学以及法制的健康发展离不开深层次的理论探索。比起自然科学，法学与生活现实固然有更为紧密的联系，但这并不是说它仅仅是社会生活经验的反光镜，或只是国家实在法的回音壁。法学应当有其超越的一面，它必须在价值层面以及理论分析上给实在法以导引。在建设性的同时，它需要有一种批判的性格。就中国特定的学术背景而言，它还要在外来学说与固有传统之间寻找合理的平衡，追求适度的超越，从而不仅为中国的现代化法制建设提供蓝图，而且对世界

范围内重大法律课题作出创造性回应。这是当代中国法学家的使命，而为这种使命的完成而创造条件乃是法律出版者的职责。

“中青年法学文库”正是这样一套以法学理论新著为发表范围的丛书。我们希望文库能够成为高层次理论成果得以稳定而持续成长的一方园地，成为较为集中地展示中国法学界具有原创力学术作品的窗口。我们知道，要使这样的构想化为现实，除了出版社方面的努力外，更重要的是海内外中国法学界的鼎力推助和严谨扎实的工作。“庙廊之才，非一木之枝”；清泉潺潺，端赖源头活水。区区微衷，尚请贤明鉴之。

中国政法大学出版社

序

这是我的博士论文，原本无序，而文库中其他本子都有序。大家都戴着漂亮的帽子，我光着头显得别扭。本着随大流错不了的原则，顺手找顶草帽戴上。

不过，我还真不是个随大流的人。别的不说，选择这么个难题，写这种费劲的东西，就是例证。

当然，搞个土博士可不必这样叫真。但除了眼前的阳谋外，我还有个长远的阴谋——企图使自己的东西对未来中国的法制有用。对未来和这本东西，我都是有信心的，否则绝不会求出版。因为在我看来，编没用的书挣钱，不如搓麻将赢钱。

尽管现在活得不怎么样，却仍然期待着未来——这不仅仅是我个人的现实和心态。未来据说是不能靠等待而要靠创造，而我想这两样都少不了。于是，在等待中为未来做点事，便成为我写这本东西的初衷。

想来简单说这么几句也许不算多余，再说肯定就是废话了。

内容提要

从刑事诉讼法理学的角度来看，现代刑诉法学是由刑诉价值论和刑诉构造论所构成的。刑诉价值论以控制犯罪与保障人权的关系及其在刑诉中的冲突和选择为研究对象；刑诉构造论则以由一定的诉讼价值观所决定的，通过一系列诉讼基本方式所体现的控诉、辩护、裁判三方的法律关系及其矛盾和调和为研究对象。自六十年代初，美国学者赫伯特·帕卡提出诉讼价值观念和诉讼模式学说之后，有关诉讼价值论和构造论的研究逐渐展开，尤其在美国和日本，经过七八十年代的发展，现已形成诸多学说和学派。

作为刑诉构造论研究对象的控、辩、裁三方的法律地位和相互关系，是刑事诉讼运作的中轴。以辩证唯物主义和历史唯物主义为指导，立足中国国情和面向刑诉改革研究刑诉构造问题。是我国刑诉法学发展的客观要求，也是我们走出注释法学樊篱，投身理论法学原野的途径。

本书认为，在我国研究刑诉构造的基本思路应当是：首先，以中外理论的比较为基点，研究刑诉构造论的基本理念；其次，立足我国刑诉构造的完善，探讨这一构造的具体运作。因而，本书分为上、下两篇。上篇为理念篇，分为五章：刑事诉讼构造概说、美国刑诉模式学说、刑诉构造的基本类型及评价、刑事诉讼的目的与构造、我国刑事诉讼的构造。下篇为运作篇，分为四章：侦查程序、起诉程序、审判程序、证据法则。

刑诉构造是由一定的诉讼目的所决定的，并由主要诉讼程序

的一系列诉讼方式所体现的控诉、辩护、裁判三方的法律地位和相互关系。以侦查、起诉和审判程序中控、辩、裁三方的法律地位和相互关系为研究对象的刑诉构造论，与以审判程序中的控诉、辩护、审判三种诉讼功能为研究对象的刑诉职能论，以公安司法机关与诉讼参与人之间的诉讼上的权利义务为研究对象的刑诉法律关系论，均有不同。

现代刑诉构造理论的发源地在美国。帕卡的犯罪控制模式与正当程序模式学说深入地研究了美国刑诉构造在理念上和在实际运作中的两种倾向。作为美国刑诉模式的开创性理论，不仅对美国及其他西方国家的刑诉构造理论产生了深远影响，而且对我们研究我国刑诉构造具有重要的启发意义。与之相比，反驳“争斗模式”，提出充满博爱色彩的“家庭模式”的格里费斯模式学说，便显得非常单薄。达马斯卡的职权纠明模式与当事人抗争模式学说、阶层模式与同位模式学说，在正面研究刑诉构造基本类型的同时，以刑诉构造背后起决定作用的不同的意识形态、诉讼目的、权力结构形式为研究重点，将刑诉构造理论引入一个崭新的境界。而仅仅着眼于刑诉构造类型表面特征的戈德斯坦的纠问模式与弹劾模式学说，其理论价值则甚为有限。

刑诉构造的基本类型是欧洲古代中世纪的弹劾式与纠问式诉讼构造；现代欧洲大陆的职权主义与英美国家的当事人主义诉讼构造；日本以当事人主义为主，以职权主义为辅的诉讼构造，在构造类型上独树一帜，故可视为基本类型。各类型均有各自的特点，各个特点的综合，构成其分各类型的标准。故混同弹劾式与当事人主义、纠问式与职权主义是不妥当的。现代职权主义与当事人主义互有吸收，但并未趋同。二者在诉讼上的终极性追求有所不同，因而在实际运用中产生不同的诉讼效果。二者虽各有利弊，但当事人主义更为顺应人类刑诉发展的规律。日本的刑诉构造扬二者之所长，弃二者之所短，故其构造类型更具合理性。

关于刑诉目的，美国学者帕卡主张犯罪控制模式和正当程序模式具有不同的价值理念；格里费斯则否定争斗模式，提倡家庭模式。前者立足于惩罚与保障的对立；后者着眼于惩罚与保障的调和。日本学者关于实体真实与正当法律程序的“统一说”和“对立说”，虽不象帕氏和格氏那样囿于一面，但也难免片面。在我国，刑诉的目的当为惩罚犯罪与保障人权，二者既对立又依存。惩罚犯罪与保障人权在刑诉的实际运作中表现为对实体真实与法律程序的追求。当实体真实与法律程序发生冲突时，正确的选择是法律程序。

我国刑诉构造具有构造类型理论难以概括的基本特点，即控辩、裁三方分立，构成刑诉构造的主体；控、辩双方既对立又统一，决定二者特有的法律地位；控、裁双方既配合又制约，形成特有的相互关系。从构造类型的角度来看，我国刑诉构造虽具有某些当事人主义的因素，但在整体上属于职权主义构造类型。在侦查、起诉、审判各个程序构造上，均有需完善之处。顺应现代刑事诉讼的发展潮流，吸收当事人主义的合理因素，是改革我国刑诉构造的出路。

完善我国刑诉构造，旨在调整控、辩、裁三方的法律地位和相互关系，使控辩双方趋向平等，裁方居于客观、公正的立场。关于侦查程序，应当肯定辩护律师参与侦查程序和享有一定诉讼权利；强化侦查监督，使之经常化和制度化；完善侦查强制处分措施，将搜查和扣押的决定权划归检察机关享有；确立检察机关自侦案件的程序构造中控、辩、裁三方的分立和制衡；建立保释制度，切实保障被告人并未丧失的自由权。关于起诉程序，应当在免予起诉中确认必须征得被告人同意的规则，肯定辩护律师在起诉程序中的诉讼权利；在起诉方式上借鉴起诉书一本主义，藉此奠定改革我国刑诉构造的基础。关于审判程序，应当明确审判人员证明责任的非控诉性质，从而确立其客观、公正的立场，保

障控辩双方的平等；肯定直接、言词原则的一系列诉讼价值，并切实加以贯彻；采取审判长指挥下的交叉询问，以避免庭审形式化，达到实效化。关于证据法则，设立自白排除法则和违法证据排除法则，消除司法实践中普遍存在的非法取证现象，实现刑事诉讼的廉洁和正义。

上篇　理念

我们是地球人。思想的帆只有鼓满世界的风，才能遨游辽远的海。



中青年法学文库

责任编辑：宋 军



ISBN 7-5620-0778-0

9 787562 007784 >

定价：15.00元

后　记

"最满意的是下一部"——那些被人追着拥着钻进小车前的导演或影星们总是这样模仿着深沉，而只配被人推着搡着挤公共汽车的我，不配玩深沉，也就无须说这等酸话。

其实，满意不满意根本就没法分开了说。对这本东西，我的满意是，尚有追求，比那些没心没肺的文字强点；尚有视野，比那些土头土脑的文字好些。我的不满意是，读书不够，论证不深，文笔不美。

至于有没有"下一部"，真还不知道。也没有给自己门前堆起这座大山，更不会发扬愚公精神，留给还未怀上的儿子。

好了，说正经的。

我的导师陈光中教授为本文的构思、资料、写作和答辩倾注了难以想象的大量的心血，他的人格和学识将使我终身敬仰。

我的朋友徐友军先生是形成和发展本书思想的参与者，而曲新久、陈兴良二位先生则是评论者。贺卫方、邬明安、陈瑞洪各位先生也为本书付出了劳动。

文库的创办者李传敢先生不嫌拙文，与丁小宣、宋军二位责编一同为本书的出版操心费力。

另外，日本的铃木茂嗣、井户田侃、田宫裕、杉原泰雄等老师和台湾的法学硕士李玉娜女士，也给予我很大的帮助。

对所有这一切，我仅仅说句感谢的话，过于轻松，不符合我做人的准则。我期望有机会报答。

1991年7月16日于北京

目录

上篇　理念

下篇 运 作

概念是研究的结果，而非研究的开始。从系统论的角度来看，对观念体系进行定性和定量的概念，其起点和终点都应是整体性。

然而，"盲人摸象"用于形容学者摸索某一学科或学说的定义，大概也是恰当的。否则，怎么总是说法繁多。

当然，倘若大家都自认"盲人"，承认"象"是无法凭个人一下"摸"准的，且把各自的看法凑到一起琢磨，那么，也许就能"摸"出"象"来。

第一章 刑事诉讼构造概说

一、刑事诉讼构造的定义

(一) 关于用语问题

刑诉构造，又称刑诉形式、刑诉模式、刑诉结构。国内学者一般都称诉讼形式，也有使用诉讼结构的，尚无人使用诉讼构造。笔者称为诉讼构造，主要是基于以下几点考虑：

第一，称诉讼形式，有两点不足。一是这个概念的内涵和外延不明确，有简单化之嫌。因为从广义上讲，所有诉讼方式，如陪审制、公开审判制、两审终审制，乃至整个刑事诉讼的过程和顺序，都是诉讼的形式。例如，原苏联有的学者就是在这种广义上使用诉讼形式这一用语的。[1] 而诉讼构造概念的外延应是确定

[1] 参见蒂里切夫等编《苏维埃刑事诉讼》，第21页，法律出版社。

的，应区别于一般意义上的诉讼形式。二是易于与其他相同法律术语混同。在英美法中，诉讼形式（Forms of action）是过去英格兰法律中的民事诉讼的专门用语，指根据诉讼所涉及的侵害行为，拟定适当的令状和诉状的技术方式。[1]

第二，诉讼模式（model），主要是国外刑事法学家的用语。自六十年代美国著名刑事法学家赫伯特·帕卡（H·L Packer）创立了犯罪控制模式和正当程序模式的学说后，出现了各种各样的刑诉模式学说，“模式”一语即被广泛使用。不过，根据现代汉语习惯，模式是指某种事物的标准形式或使人可以照着做的标准样式。而我们研究诉讼构造，目的并不在于想要学习或创造某种标准化诉讼样式。因此，称诉讼模式对我们来说并不适宜。

第三，诉讼结构是我国有些学者的用语。结构与构造在现代汉语中，词意相近，不过仍有区别。结构指各个组成部分的搭配、排列。构造指各个组成部分的安排、组织和相互关系。我们在这里所研究的课题，不仅仅是刑诉中各个程序的搭配或安排，更重要的是各主要诉讼参加者之间的相互关系。因此，虽然称诉讼结构也未尝不可，但称诉讼构造则更准确些。

使用诉讼构造一语，主要基于上述词意辨析。同时，也是对与我们同语言的台湾学者和与我们语种相近的日本学者都使用诉讼构造的借鉴。

(二) 有关刑诉构造概念的若干理论

西方刑诉法学者似乎只对诉讼构造问题本身的研究有兴趣，而对如何给诉讼构造直接下定义的问题并不感兴趣。因此，这种定义是不多见的。不过，通过他们的理论可以看出对诉讼构造概念的认识。我国学者虽然在诉讼构造研究上刚刚起步，但由于思

[1] 参见《牛津法律大辞典》、《布莱克法律辞典》中“Forms of action”之词条。

维定势，人们常常从概念的研究开始。

日本学者井户田侃在其专著《刑事程序构造论的展开》的序言中明确给诉讼构造下了定义。他认为整个刑事程序可分为侦查程序、公判程序以及刑的执行程序。由于刑的执行程序属于行刑学的范畴，因此严格意义上的刑事程序，是侦查程序和公判程序。在这两个程序中，诉讼主体为了达到各自的诉讼目的，必须以基本的诉讼法律关系为基础进行诉讼。而这种基本的诉讼法律关系，就是诉讼构造（在日本刑诉法学中，诉讼主体指法官、当事人——警察和检察官、被告人及其辩护人、辅佐人）。[1] 井户田侃的这一定义很有参考价值。因为，这一定义明确指出：第一，诉讼构造是由诉讼主体构成的（不包括被害人、证人等诉讼参与人）；第二，诉讼构造的内容是诉讼法律关系（不是诉讼程序的方式、顺序）；第三，诉讼构造存在于侦查程序和公判程序之中（不是在全部诉讼程序之中）。不过，这最后一点是有疑问的。从整体上把诉讼程序分为三个部分未尝不可，构造论不涉及刑的执行程序也是确实的，但是据此认为构造问题只存在于侦查和公判程序之中，则是不妥的。以日本刑诉构造理论为例，起诉程序的构造——起诉便宜主义、起诉法定主义和起诉书一本主义是构造论的重要研究课题。就是井户先生本人也是划分侦查、起诉、审判三大构造，来具体研究构造问题的。因而，不能撇开起诉程序的构造或将其并入侦查程序构造之中。

联邦德国刑诉法学家埃贝哈德·斯密特在《德国刑事诉讼法典》的导论中倾注了大量笔墨论述了联邦德国的刑事诉讼构造。[2] 虽然他在文中并没有直接给诉讼构造的概念下定义，但是

---

[1] 井户田侃《刑事程序构造论的展开》序，有斐阁1982年版。

[2] 参见埃贝哈德·斯密特"西德刑事诉讼程序概述"一文，《法学译丛》，1979年第5期。

文中清楚地反映出他对诉讼构造概念的认识：第一、他所论述的刑诉构造的范围是侦查、起诉、审判三大程序。这反映出他所理解的刑诉构造存在于这三大程序之中；第二，他关注的是警察、检察官、法官、被告人及其辩护人，并不注意被害人、证人等诉讼参与人，这反映出他认为刑诉构造的主体是前者，不是后者；第三，他着重论述了刑诉构造的主体——控、辩、裁三方的法律地位和相互关系。这表明他认为这种诉讼主体的法律地位和相互关系是刑诉构造的内容。

美国学者帕卡在其刑事诉讼两个对立模式学说中，虽然也未探讨诉讼构造的概念，但是他在其学说中所反映出的对诉讼构造概念的理解则有其更全面、更深刻的一面，这就是他除了论述了在两种不同的诉讼模式中警察——检察官，被告人——辩护人，法官这三方在侦查、起诉、审判程序的不同的诉讼法律关系，还着重论述了决定两种不同诉讼模式的不同诉讼价值观和在实际运行中所产生的不同诉讼效果。虽然，正如国外许多学者所认为的那样，帕卡的模式说就其整体而言，并不是严格意义上的构造论，但他所论述的两种模式各自不同的诉讼价值观，对于我们认识决定诉讼构造的诉讼目的是有启发的。

另外，帕卡在其模式学说中，阐述了犯罪控制模式与正当程序模式在自白排除法则和违法证据排除法则问题上的不同主张，从而揭示出作为辩护方的被告人及其辩护律师与作为控诉方的警察在这两个十分重要的证据法则中的对立，这一点值得我们注意。

以上介绍了国外三种具有代表性的观点和理论。下面介绍国内学者关于诉讼构造的定义。

在以往的刑诉教科书中，除了在介绍国外刑诉制度时涉及到刑诉构造问题外，一般不专门论述此问题。不过，新近出版的教科书《刑事诉讼法学》不仅专门论述了这一问题，而且还研究了

诉讼构造的概念。该教科书认为："刑事诉讼形式是指国家专门机关在当事人和其他诉讼参与人的参加下进行刑事诉讼的基本方式和结构。它包括刑事诉讼法规定的整个诉讼程序和各个诉讼阶段的结构，实施诉讼行为的方式，国家专门机关、被告人及其他诉讼参与人在诉讼中的法律地位，等等"。[1] 这一定义明确指出刑诉构造的内容之一，是国家专门机关、被告人及其他诉讼参与人在诉讼中的法律地位，这无疑是正确地把握了刑诉构造问题的实质。但是，该定义指出诉讼构造的主体也包括其他诉讼参与人，范围是整个程序和各个诉讼阶段，是值得研究的。

《外国刑事诉讼程序比较研究》中的定义非常简明："诉讼程序的基本结构，是指诉讼主要参与者的组成、诉讼地位和诉讼的基本形式"。[2] 这里不仅明确了构成诉讼构造的主体是主要参与者（在外国刑诉中就是警察和检察官、被告人及其辩护人、法官三方），而且明确了诉讼构造的内容是诉讼地位。

高校文科教材《外国刑事诉讼法学》虽未直接指出诉讼构造的概念，但其所述"刑事诉讼的表面特征"其实是讲诉讼构造的(其内容是构造的不同类型介绍)，因而其对"特征"的定义可看作是对诉讼构造的定义。该教材认为："刑事诉讼的表面特征指的主要是起诉权由谁行使，当事人在诉讼中的地位及法官在法庭上的作用等方面的特点"[3] 这一列举性定义的优点，是便于人们通过定义项直接了解被定义项（诉讼构造）的具体内容，但其缺点是不够严谨和全面。

有专门论述诉讼构造的论文认为："刑事诉讼形式，是指进行刑事诉讼所采用的诉讼形式，具体说，就是司法机关和当事人在

---

[1] 陈光中主编《刑事诉讼法学》，第9页，中国政法大学出版社，1990年版。
[2] 陈光中主编《外国刑事诉讼程序比较研究》，第5—6页，法律出版社。
[3] 王以真主编《外国刑事诉讼法学》，第52页，北京大学出版社，1990年版。

刑事诉讼中的地位、诉讼权利和义务及相互关系"。[1] 这一定义明确提出了"相互关系"，这在国内学者的定义中是少见的。但是，作者在具体论述我国的刑事诉讼构造时，并未限于论述公安司法机关与当事人在诉讼中的地位和相互关系，而是还论述了人民群众、被害人、证人等诉讼参与人在诉讼中的地位和相互关系。这样便产生了矛盾，即刑诉构造的主体是有范围的，而我国刑诉构造的主体则是没有范围的，实际上包含了所有诉讼参加者。

最后，需要介绍一下《刑事法学大辞典》的定义。该辞典在法学辞典中少有地专列了"诉讼形式"的词条，认为："诉讼形式即诉讼程序分类形式，又称'诉讼程序结构类型'，'诉讼程序基本模式'，指依照诉讼程序表面构造上的特征划分的诉讼体系。诉讼形式与诉讼本质有密切关系，一定的阶级本质的诉讼制度必须有特定的结构形式；不同的诉讼形式又反映着不同诉讼制度的本质"（以下介绍了控诉式、纠问式、混合式三种诉讼构造）。这一定义认为刑诉构造是依照诉讼程序表面构造上的特征划分的诉讼体系，亦即认为刑诉构造的"属"就是诉讼体系，这显然是不妥当的。刑诉构造的"属"应当是人的法律地位和相互关系，只有刑诉构造的类型才是依照刑诉构造上的特征划分的诉讼体系。另外，这一定义还揭示了诉讼本质与诉讼构造的关系。从刑诉构造的发展历史来看，认为一定的阶级本质的诉讼制度必须有特定的构造形式，是正确的。但是，仅仅依据阶级本质来认识刑诉构造的不同是不够的。通过阶级本质的分析，虽然可以认识欧洲奴隶制共和国时期的弹劾式与封建时期纠问式诉讼构造在性质上的不同，但无法认识现代德法的职权主义和英美的当事人主义诉讼构造的

---

[1] 陈卫东、张弢著"论我国的刑事诉讼形式"，《诉讼法学论丛》（1986－1987），中国政法大学出版社。

不同。

（三）刑诉构造的定义

笔者认为，刑事诉讼构造的准确定义应当这样表述：刑事诉讼构造是由一定的诉讼目的所决定的，并由主要诉讼程序和证据规则中的诉讼基本方式所体现的控诉、辩护、裁判三方的法律地位和相互关系。

1、刑诉构造是由一定的诉讼目的所决定的

刑诉构造是主要诉讼参加人的法律地位和相互关系。这种地位和关系不是凭空形成的，而是由一定的刑诉目的所决定的。刑诉构造作为手段，是为实现刑诉目的服务的。

为了深入认识刑诉目的与刑诉构造的关系，有必要对刑诉目的进行层次分析。刑诉目的可分为根本目的和具体目的。根本目的是一定社会制度中的统治阶级通过刑诉法贯彻刑法，惩罚犯罪，以维护统治关系。维护统治关系的目的不是刑诉法所特有的，而是所有法律所共有的。刑诉法等刑事法律与其他法律的不同仅仅在于是通过惩罚犯罪来实现这种目的。可见，这种目的体现着刑诉法的性质。具体目的是一定的刑诉法在惩罚犯罪与保障无罪的人不受惩罚，保障刑事被告人诉讼权利的关系上的侧重点。具体说就是，刑诉法是把惩罚作为主要目的，还是把保障作为主要目的，或者虽然视惩罚与保障为同等重要的目的，但在惩罚与保障之间不可避免地存在着对优先目的的选择。这种具体目的是刑诉法所特有的，它并不反映刑诉法的性质。刑诉根本目的对刑诉构造的决定关系，可以使我们认识不同社会制度下的刑诉构造在性质上的不同。而透过刑诉具体目的对刑诉构造的决定关系，则能够考察不同或相同社会制度下刑诉构造形式上的不同。刑诉构造论研究刑诉目的与刑诉构造的关系，应当把重点放在刑诉具体目的与刑诉构造的关系上，而不应以所有法律共有的根本目的与刑诉构造的关系为研究重点。

在人类刑事诉讼中，始终存在着两种无法回避的矛盾倾向。一方面，刑事诉讼必须通过一系列措施和手段，发现犯罪，证明犯罪，对犯罪分子进行惩罚，从而实现刑法的任务；另一方面，刑诉法又应当通过一系列的程序和规则，保障无罪的人不受刑事处罚和保障对犯罪人进行公正适当的惩罚。任何一种刑诉法都不会单一地把惩罚或保障某一个方面作为其目的。但是，在对待惩罚与保障的关系上，则不可避免地存在着差异。这种差异反映在刑诉构造上，即表现为刑诉构造在形式上的不同。如果以这种差异为标准对各种刑诉构造类型进行大体区分，便可分为弹劾式与当事人主义诉讼构造、纠问式与职权主义诉讼构造这两大类。前者重在保障，因而在诉讼构造上将诉讼的主动权委于当事人，当事人在诉讼中居于主导地位；后者重在惩罚，所以在诉讼构造上由国家专门机关掌握诉讼的主动权，在诉讼中居于主导地位。当然，如果进行具体分析，便可看到弹劾式与当事人主义之间、纠问式与职权主义之间在诉讼目的和诉讼构造上仍有着不同。当事人主义在诉讼目的上对惩罚的重视程度比弹劾式要高，在诉讼构造上对国家专门机关在诉讼中的作用也给予一定程度的肯定。职权主义远比纠问式重视刑诉的保障目的，在诉讼构造上也赋予被告人及其辩护人一定的诉讼权利。不过，这并不意味着现代职权主义与当事人主义在诉讼目的和诉讼构造上已没有了区别。虽然二者在某些方面有所趋同，但仍然保持着由各自在诉讼目的上的主要倾向所决定的诉讼构造上的主要特征。另外，中外学者一般都认为日本刑诉构造既不同于当事人主义，也不同于职权主义，而是以当事人主义为主，以职权主义为辅的诉讼构造。用诉讼目的与诉讼构造关系的观点来看，日本"二战"后刑诉制度在保障被告人及其辩护人、辅佐人诉讼权利上的历史性变革，正是其刑诉构造采取以当事人主义为主的原因。

可见，刑诉目的在惩罚与保障上的倾向，决定着刑诉构造的

倾向。认识刑诉目的与刑诉构造的这种关系，对于理解刑诉构造的概念、展开刑诉构造论的研究，有着十分重要的意义。

2　刑诉构造存在于主要诉讼程序和证据规则之中

刑事诉讼程序大致上可以划分为四个部分，即侦查、起诉、审判、执行。狭义的审判指一审程序。广义的审判在国外还包括上诉审程序、再审程序和监督程序；在我国则包括二审程序、死刑复核程序和审判监督程序。国外的刑诉构造论一般都限于研究侦查、起诉和狭义的审判程序中主要诉讼参加人的诉讼法律关系。这是值得肯定的。根据笔者的理解，首先，在刑的执行程序中，围绕被告人刑事责任问题所展开的控、辩、裁三方的诉讼关系已经结束，因而无法研究此程序的构造问题。其次，其他审判程序如果开庭审理，其构造可以一审程序构造为模式；如果不开庭审理，仅仅进行书面复核或复查，则实际不存在完整的控、辩、裁三方，故审判程序构造应以一审程序构造为标准来研究。另外，在我国的立案程序中，因不具备诉讼构造意义上的控、辩、裁三方，也无法研究其构造。因此，应当认为，刑诉构造集中体现于侦查、起诉和（狭义的）审判三个主要诉讼程序之中。

需要进一步指出的是，刑诉构造存在于侦查和起诉（公诉）程序之中还表明，刑诉构造存在于公诉案件中，自诉案件虽然也有构造问题，但由于控、辩双方关系明确（平等）以及程序相对简单（没有侦查）等原因，现代刑诉构造论一般不专门研究。

再者，刑诉构造还存在于证据规则中。

虽然，除帕卡以外的其他美国学者一般都不研究证据规则中的刑诉构造问题，日本的学者也是如此，而多数学者都认为帕卡所说的构造并非就是构造，但是在笔者看来，帕卡探讨证据规则中的模式问题，是其模式学说兼具构造论性质的方面，证据规则中确实存在构造问题。在美国，肯定自白排除法则，是为了保护被告人的沉默权、律师协助权和不受非法拘禁权，否定这一法则

旨在维护警察的随机取供的权利；坚持违法证据排除法则，是为了确保被告人的人身、住宅和文件免受非法搜查与扣押，反对这一法则意在保证警察非法搜查与扣押行为的有效性；而法官是否适用和如何适用这两个法则，则反映出法官在这种控辩对立关系中的立场和倾向。可见，自白排除法则和违法证据排除法则中的根本问题，就是控、辩、裁三方的法律地位和相互关系问题，而这正是刑诉构造问题。

在我国，尚无人论及证据规则中的刑诉构造问题，这不是因为我国证据规则中不存在构造问题，而是因为对构造的研究尚停留在浅层次上。当然，由于在我国刑诉法中没有自白排除法则和违法证据排除法则，且有限的证据规则也非常简单和笼统，因而展开构造的研究势必有些困难。但是，我国不设立这两个规则的利弊，特别是如何从刑诉构造上完善我国证据规则的问题，却是大有文章可做的。

3、刑诉构造的主体是控诉、辩护、裁判三方

刑诉构造中的控诉、辩护、裁判均为广义。控诉是指对被告人的追诉活动，包括侦查和提起公诉，而不仅仅指向法院提起诉讼，对犯罪进行指控。辩护是指被告人及其辩护人为被告人的利益所进行的防御性诉讼活动，包括侦查程序中被告人与辩护人的会见，辩护律师的调查等，起诉程序中辩护人向检察官进行的有关交涉以及被告人和辩护人在法庭上进行的辩护，而不仅仅是指法庭审理中的辩护。裁判是指对刑事案件实体问题和有关程序问题作出具有裁决性质的处理，主要是指法官在审判程序中对案件作出判决和裁定。不过，必须注意到，诉讼构造中的裁判是指广义上的对案件的处理，包括侦查和起诉。侦查和起诉程序中是否应有裁方，裁方为谁的问题，是构造论中的一个重要理论问题。

笔者认为，在刑诉构造相当发达的日本，学者们关于侦查和起诉程序构造的理论，对于我们研究构造问题是颇有启发意义和

借鉴作用的。关于侦查程序构造问题，侦查程序的诉讼构造化观点最初是由团藤重光教授提出的。他认为，由于在侦查程序中采取令状主义（即由审判官通过令状决定逮捕、搜查和扣押——笔者注）、法院对侦查机关的司法性抑制是明确的，采取表明被疑人当事人地位的沉默权保障制度和辩护人制度，因此，侦查"诉讼"性构造与审判程序相同，即是由法院、侦查机关、被疑人（包括辩护人）的三面关系构成的。[1] 但是，目前多数学者已对此观点持否定态度。石川才显教授提倡的新的侦查构造化观点，已为人们接受。他认为在侦查程序中，虽然审判官通过令状主义对侦查机关有所制约，但是，对司法警察职员进行直接制约和监督的，是具有司法官性格的检察官。因此，侦查程序构造应与审判程序构造有所不同，即应是由检察官、司法警察职员（包括特别司法警察职员）、被疑人及其辩护人这三方面关系构成的。[2] 石川教授使检察官在侦查程序中职能法官化，地位中立化，其目的显然是为了在肯定审判官在侦查中的抑制作用的同时，强化检察官对司法警察职员的制约作用，从而最终削弱控方（不认为检察官是控方）；加强辩方，使控辩趋于平等。关于检察官在起诉程序中的职能问题，日本的通说是认为具有法官的性质。例如，著名刑事法学家平野龙一就认为，"检察官具有审查犯罪嫌疑的有无，从而决定是否起诉的权力，即使犯罪证据充分，也可根据情节不提起公诉，即也可作起诉犹豫的处分，其作用，可以说是准审判官司法性的作用。"[3] 这一通说旨在明确检察官在起诉程序中并不是作为控方而力图提起公诉，而是作为公正的准审判官对案件作出处理，同时也表明起诉程序的构造是由居中的检察官和

①团藤重光著《新刑事诉讼法纲要》（改订版），第213页。

②石川才显论文"侦查中检察的机能"《研修法学》第311号（昭和49年）。

③平野龙一著《刑事诉讼法概要》第29页，东京大学出版社，1982年版。

作为控方的司法警察职员和作为被疑人（尚未被告）及辩护人三方的关系构成的。

国内学者对于国外学者关于诉讼形同竞赛的比喻，一般是不予认同的。不过，笔者认为，既然诉讼中客观地存在着控辩双方的对立性诉讼关系和活动，又有一系列调整这种关系和活动的规则，同时，诉讼在一定范围内也存在着胜诉和败诉之分，因而从这个意义上来看，可以说诉讼有似于竞赛。竞赛光有竞争双方和竞赛规则是不可能进行的，还必须有依据规则评判双方竞赛活动，并最终确认比赛结果的裁判。诉讼也是一样，仅有控辩双方和程序规则是不行的，还必须有裁判方。而且，作为主要诉讼程序，仅仅审判程序具备控、辩、裁三方是不够的，侦查和起诉程序也应当具备。否则，如果侦查和起诉程序仅有控、辩双方，没有裁方，那么，诉讼受制于控方（控方拥有种种优势）则是不可避免的。

在我国刑诉中，审判程序构造具备着标准的控、辩、裁三方，可是尚无人注意侦查和起诉程序中应否具备控、辩、裁三方的问题。笔者认为，既然这里研究的是诉讼构造问题，也就当然地无法回避这个问题。侦查和起诉程序一经被纳入构造论的研究领域，就必然地要研究其控、辩、裁三方的关系。我国侦查和起诉程序具有一系列不同于国外的特点，应根据这些特点探讨其构造。在侦查程序中，由于审判人员不象国外的法官那样通过掌握批捕权、搜查权和扣押权而直接介入侦查，所以无论如何也无法将审判人员视为裁方。检察人员在公安机关侦查的案件中掌握着批捕权和对侦查活动的监督权，因而从构造论的角度来看，可以视为裁方，控方为公安机关。在检察机关的自侦程序中，法纪、经济检察部门为控方——负责侦查；刑事检察部门为裁方——决定是否批捕和监督自侦活动。在起诉程序中，检察人员负责审查起诉和决定是否起诉或免予起诉，为裁方、侦查人员对于检察人

员的决定可要求复议和提请复核，仍为控方。从刑事诉讼职能的总体方面来说，检察机关执行提起公诉、支持公诉的控诉职能，但不能因此而排除检察机关在侦查、起诉程序活动中具有裁判的性质。应当看到，明确检察机关在侦查、起诉中的裁判职能，从而使侦查和起诉程序"构造化"，以诉讼的平衡获得诉讼的合理，则应当是我国刑诉构造的追求。

也许有人会质疑:刑事诉讼中的裁方就是审判人员，不能因为检察人员在侦查程序中决定是否批捕和监督侦查活动，在起诉程序中决定是否起诉和免予起诉，而认为其在侦查和起诉程序中属裁方。否则，公安机关在侦查程序中也有权决定撤销案件，能够据此认为侦查人员在侦查程序中也具有裁方的身份吗？因此，检察人员在侦查和起诉程序中的职能不是裁判，而是控诉，不是裁方，而是控方。笔者认为，这种质疑是不能成立的。虽然裁判一词在我国刑诉中，确实是裁定和判决的合称，不过，刑诉构造论中所说的裁判，则指对案件实体问题和程序问题的处理。这种裁判虽是广义的，但却有确定的范围，即是对被告人被认定有罪的案件的实体问题和有关程序问题的处理。在刑诉中，检察人员在侦查程序中决定是否批捕，在起诉程序中决定是否起诉或免予起诉，实际上决定着被告人是否有罪的问题，因此其职能是裁决侦查人员关于逮捕和起诉或免予起诉的请求，属于裁判方。裁判作为一种行为，是裁判方针对被裁判方的，检察机关的裁判就是针对公安机关的，而公安机关撤销案件则是针对自己的，无法构成裁判。另外，公安机关向检察机关移送起诉或免予起诉，虽然也是对案件的一种处理，但不仅不能将这种处理看作裁判，而且这种处理正是公安机关请求检察机关对案件进行裁判的行为，证明公安机关就是被裁判方。如果把公安机关也视为裁方，那么也就意味着控诉和裁判的结合，对此，不仅刑诉构造论将加以排斥，而且刑诉基本原理也将予以否定。

为了进一步阐明刑诉构造的主体，有必要阐明刑诉构造论与刑诉职能论的区别。刑诉职能论认为刑诉中有三种基本的职能，即控诉、辩护和审判。这三种职能的含义都是狭义的。控诉职能指享有起诉权的机关或个人所应当发挥的向法院提出旨在追究被告人刑事责任的诉讼请求，并在法庭审理中维护这一诉讼请求的诉讼功能。辩护职能是指被告人及其辩护人在审判中所应当发挥的对起诉人的控诉进行辩解并请求法院予以宣判无罪或从轻、减轻处罚的诉讼功能。审判职能则是指享有审判权的法官所应当发挥的确认被告人是否犯有被指控之罪和罪责的轻重并予以判决的功能。刑诉职能论与刑诉构造论有两个主要区别。一是职能论以审判程序为基础，其控、辩、审三种职能的同时发挥不能离开审判程序；而构造论则以刑诉主要程序为基础，其控、辩、裁三方的地位和关系不仅存在于审判程序中，而且存在于侦查和起诉程序中。可见，后者的研究范围比前者大，后者的控诉、辩护和裁判概念的外延包括前者的控诉、辩护和审判概念的全部外延。二是职能论以控、辩、审三方应当发挥的诉讼功能为研究对象，而构造论则是以控、辩、裁三方在诉讼中的法律地位和相互关系为研究对象，虽然二者的研究对象有着密切的关系，但二者是各有研究重点的。

另外，我国学者在探讨我国刑诉构造的类型时，常常把公安司法机关与人民群众的关系，与被害人、证人、鉴定人等其他诉讼参与人的关系也作为研究对象，使刑诉构造论成为阐述刑诉中各种诉讼法律关系的理论，这是不能苟同的。刑事诉讼法律关系理论是以公安司法机关与诉讼参与人之间诉讼上的权利义务关系为研究对象的，与刑诉构造是有区别的。二者的主要区别是，前者的主体包括被告人以外的诉讼参与人，比后者的主体范围要宽；前者所研究的关系存在于所有诉讼程序中，后者所研究的关系只存在于主要诉讼程序中；前者对具体程序相对地有所超脱，

后者则必须立足于具体程序等。

4. 刑诉构造的内容是控、辩、裁三方的法律地位和相互关系

这一结论来自于对刑诉构造各种类型的考察。为了论证这一结论，有必要简述一下刑诉构造各种类型的基本内容。在弹劾式诉讼构造中，控、辩双方（当事人）具有平等的诉讼地位，并掌握着诉讼的发动权、主动权和一定的决定权；而裁方（法官）则仅仅对双方提出的诉讼资料和辩论进行评断，作出裁判。在纠问式诉讼构造中，法院将控诉与裁判集于一身，既侦查和审讯，又进行审判，被告人基本上没有诉讼权利，而只是被纠问的对象、诉讼的客体。职权主义诉讼构造强调作为国家专门机关的控方和裁方在诉讼中的主导作用；法官依职权主动进行调查并主宰法庭审理；辩方没有与控方相应的诉讼权利，只能在服从专门机关职权的前提下，进行有限的防御活动。当事人主义则注重控方和辩方（当事人）在诉讼中的平等地位和主导地位，各主要程序的开始和进行，证据的收集、审查和运用，均以当事人为主；辩方享有充分的诉讼权利；法官仅以消极的“仲裁人”的身份，判断控、辩双方进行的法庭证据调查和辩论，对实体和程序问题作出裁判。在日本的以当事人主义为主，以职权主义为辅的诉讼构造中，一方面确认控、辩双方平等的讼诉地位和在诉讼中的积极主动性，强调保障被疑人、被告人及辩护人的诉讼权利；另一方面则重视保障控方的职权追诉和审判官在庭审中的作用。可见，各种类型的诉讼构造都是以控、辩、裁三方的法律地位和相互关系为内容的，而且刑诉构造类型的区分，也正是以控、辩、裁三方的地位和关系为标准的。这种地位和关系的不同，便决定了构造类型的不同。

刑诉中存在着诉讼参加人与诉讼参与人之间的各种矛盾关系，而只有控、辩、裁三方的矛盾关系，才是刑诉中的主要矛

盾。这一矛盾的存在和发展规定和影响着刑诉其他矛盾的存在和发展。因此，刑诉构造在刑诉中居于重要的地位。这也表明，以控、辩、裁三方的法律地位和相互关系为研究对象的刑诉构造论在刑诉法学中的不可低估的地位。

我国学者尚未对刑诉构造的内容形成统一的看法，目前仍在刑诉构造既是一种基本方式和基本形式，又是一种诉讼地位和相互关系的不确定认识中徘徊。而且探讨刑诉构造并不着力探讨控、辩、裁三方的地位和关系。因而，刑诉构造在刑诉中的地位以及刑诉构造论在刑诉法学中的地位问题不被重视，也就不奇怪了。要改变这种状况，看来首要的是确立刑诉构造是控、辩、裁三方在诉讼中的法律地位和相互关系这一观念。

5、控、辩、裁三方的法律地位和相互关系是由一定的诉讼基本方式所体现的

一定的诉讼构造，是由控、辩、裁三方一定的法律地位和相互关系所构成的。而这种法律地位和相互关系则是由一定的诉讼基本方式所体现出来的。例如，侦查程序中的侦查公开主义；起诉程序中的起诉法定主义、起诉便宜主义、起诉书一本主义、卷宗移送主义；审判程序中的公开、直接、言词原则，秘密、间接、书面原则，交叉询问规则；证据规则中的自白排除法则、违法证据排除法则，等等，都是诉讼的基本方式。采取不同的诉讼基本方式，便体现出控、辩、裁三方不同的法律地位和相互关系。当然，由于现代职权主义与当事人主义两大诉讼构造类型的互相吸收，有的诉讼基本方式已为二者所共有。但是不少诉讼基本方式仍然为二者所各有，成为区分二者的标志。各种诉讼基本方式背后都隐藏着一定的诉讼价值观，因此，研究刑诉构造，应当在正面探讨控、辩、裁三方的法律地位和相互关系的同时，考察各种诉讼基本方式。否则就不可能获得对诉讼构造的深入认识。另外，也应当正确理解刑诉构造与诉讼基本方式之间的关

系。刑诉构造就是控、辩、裁三方的法律地位和相互关系，诉讼基本方式是刑诉构造的体现者，而不是刑诉构造本身。

二、刑诉构造论的研究课题

刑诉构造论是以刑诉构造为研究对象的刑诉理论。所谓研究课题，就是这一理论应当研究的有关刑诉构造的问题。"只要一门科学的分支能提出大量的问题，它就充满着生命力，而问题的缺乏则预示着独立发展的衰亡或终止。"① 刑诉构造论要得以存在并发展，就必须提出它所研究的，不为刑诉法学其他理论全部包容的问题。同时，刑诉构造论研究的问题，也应当有一定的范围，也就是说应当有自己的"领地"。如果将所有与刑诉构造论有关的问题都作为研究课题，刑诉问题的联系性便使其实际上没有了自己的专属课题。从我国刑诉的理论与实践出发，借鉴国外关于刑诉构造的理论，笔者认为，刑诉构造论的研究课题应主要包括以下几个方面。

（一）评介国外有关刑诉构造的学说

刑诉构造论原本是国外的东西，在我国并无根底。因而，我们在涉足刑诉构造领域之初，就必须首先了解国外学者主要的成型学说。只有这样，我们才能准确地把握刑诉构造问题的脉膊，才能进行有价值的比较研究和借鉴。也只有这样，才能把我们的研究工作纳入世界学说的发展轨道，跟上时代的步伐。否则，这一切不仅将是不可能的，而且势必坐井观天，贻笑大方，而这在国内法学界似乎是常有的事。

现代刑诉构造在国外，尤其在美国和日本，经过几十年的发展，已经相当发达，在刑诉法学中占据着显赫的地位。在日本，

---

①著名数学家希尔伯特语，见康斯坦瑞德著《希尔伯特》，第93页，上海科学技术出版社，1982年。

块状的理论很多，但系统的学说并不多见。而在美国，系统学说林立，且有清晰的发展线索。故评介国外的学说，应以美国的模式学说为重点。

（二）考察刑诉构造的基本类型

刑诉构造的基本类型为历史上的弹劾主义、纠问主义的诉讼构造类型和现代的职权主义、当事人主义的诉讼构造类型。对于基本类型以外的其他国家历史上和现代的刑诉构造，都可以根据基本类型来进行类型属性的考察。因此，国外刑诉构造论都把基本类型作为重要的研究课题，研究这一问题的理论被视为刑诉构造论的基础理论。撇开这一基础理论所进行的研究，即使与刑诉构造问题有某种联系，也往往被多数学者认为不属于刑诉构造论的范畴。例如，美国学者帕卡关于犯罪控制模式和正当程序模式的学说，格里费斯关于斗争模式和家庭模式的学说，便被美国和日本的学者视为非刑诉构造论的理论。而美国学者戈德斯坦关于弹劾模式和纠问模式的学说，达马斯卡关于职权纠明模式和当事人抗争模式的学说，则被认为是刑诉构造理论。

基本类型虽然都是国外的刑诉构造类型，但是，既然我们要进行刑诉构造的研究，就当然不能例外地要对其进行考察。这不仅仅是为了使我们的研究"构造论化"，更重要的是为了最终认识我国刑诉构造的类型属性。在考察基本类型时，需重视三个问题。一是基本类型的分类标准和各个构造类型的区别；二是各个类型的主要特点（尤其是尚未被国内学者注意的现代职权主义与当事人主义诉讼构造的一些特点）；三是各个构造类型的优劣之处。因而，不仅需要分类、比较，而且需要分析、评价。

（三）研究决定刑诉构造的刑诉目的

考察刑诉构造基本类型，是对刑诉构造进行表层的探讨。研究决定刑诉构造的刑诉目的，则是对刑诉构造进行深层的探讨。进行这一研究，需要了解国外关于刑诉目的以及刑诉目的与刑诉

构造关系的理论；从理论上认识和概括我国刑诉目的以及刑诉目的对刑诉构造的基本要求。

国内学者对此问题尚未进行系统研究，现有的理论主要是刑诉法教科书对刑诉法规定的任务的解释。可见，这一研究工作是迫切而又艰巨的。

（四）认识我国的刑诉构造

我国刑诉构造既有自己的个性，又与国外刑诉构造基本类型有着共性，只看个性不看共性，或只看共性不看个性，都不能全面和正确地认识我国刑诉构造。因此，一方面需从我国刑诉法和刑诉实践出发，认识我国刑诉构造的基本特点；另一方面需将我国刑诉构造与国外刑诉基本类型进行比较，认识我国刑诉构造类型的属性。通过前者，能够认识我国的特色，从而坚持我国的基本方面；通过后者，能够认识我国构造类型上的优点和问题，从而为完善我国刑诉构造提出根据。

国内学者已对我国刑诉构造的类型问题进行了初步的探讨，多数观点仅仅停留在概括、解释并肯定我国刑诉构造的特色上，且在不同程度上偏离了刑诉构造论，探讨了不属于构造论范畴的其他诉讼法律关系。所以，以正确的观点为指导，进一步探讨我国刑诉构造，是十分必要和重要的。

（五）探讨我国刑诉构造的完善

科学理论应当同时具备两个基本功能：解释和预见。只能解释而不能预见的理论，不是真正的科学理论。如果说上述各课题都属于解释的范畴的话，那么，关于完善我国刑诉构造的研究，则应当发挥出预见的功能。我国的刑诉构造论最终应当把着眼点放在如何完善刑诉构造的问题上，并提出具体的设想。否则，这一理论便不具有真正的科学理论的性格。

在进行探讨时，应当以我国刑诉目的对刑诉构造的基本要求为指导，以我国刑诉构造类型上存在的问题为对象，分别对侦

查、起诉和审判程序的构造以及证据法则进行探讨，提出如何加以完善的设想。

国内学者虽然没有直接地就如何完善我国刑诉构造问题进行专门探讨，但是，却对与完善刑诉构造有关的种种问题进行了研究。例如，公、检、法三机关的关系，检察机关的诉讼地位，辩护制度的完善，刑事诉讼法律关系以及如何根除一审法院“先定后审”等等。这些研究对于我国探讨完善刑诉构造问题无疑是有参考价值和启发意义的。

帕卡所述犯罪控制模式的主张，似乎在为当今中国刑诉立法和司法辩护；而正当程序模式的主张，又好象在为当今中国倡导刑诉改革的少数学者鼓劲。

各国刑诉先后面临的问题往往大致相同，故而刑诉的发展方向和学者的理论视点或迟或早总是相去不远。

拨开美国学说在思维和表述方式上的迷雾，我们便可进入一个既陌生而又并不陌生的清新境界。

第二章　美国刑诉模式学说

可以毫无疑问地说，现代刑诉构造理论的发源地在美国。

六十年代，帕卡创造性地提出了以"犯罪控制模式"与"正当程序模式"这两个对立模式构成的模式学说，在美国刑诉论坛上独领风骚。然而刚刚步入七十年代，帕卡的学说便迎接了格里费斯模式学说的挑战。后者把帕氏的犯罪控制模式与正当程序模式斥为"争斗模式"，提出了充满博爱色彩的"家庭模式"，从而拉开了关于模式问题的论争序幕。于是，各种模式学说竞相亮相，其中戈德斯坦与达马斯卡的学说尤为引人注目。戈德斯坦认为帕卡的两个模式的学说把诉讼目的和诉讼程序混为一谈，不能构成对立模式，还是传统的思考方式和研究方法方能令人信服。因而他所倡导的对立模式自然也就是"纠问模式"与"弹劾模式"。于是，他的理论视点必然地要重新投向大陆诉讼模式与英美诉讼模式的比较研究上，而不象帕卡和格里费斯那样眼里只有美国诉讼模式。达马斯卡的学说可称得上是广博精深。就其广度而言，他思

路开阔地指出，弹劾模式与纠问模式是欧州大陆和英国历史上的诉讼模式，故不能用以概括现代大陆和英美的诉讼模式，而应概括为“职权纠明模式”与“当事人抗争模式”。就其深度而言，他并不满足于自己已有的认识，孜孜以求，两年之后便提出了揭示大陆和英美诉讼模式深层构成的两种权力构造模式——“阶层模式”与“同位模式”，使美国的模式研究进入了一个崭新的境界。

美国关于诉讼模式的论争虽然已经归于平静，但对于尚未进入这个层面研究的我国学者来说，这一切还都是陌生和新鲜的。笔者选择了刑诉构造这一课题，也就自然须从初步了解这一切开始。并且以为，谈论诉讼构造而不涉及美国的模式学说，就如同研究中医而不过问《本草纲目》一般。

作为东西方诉讼理念汇点的日本刑诉理论，对我们有着颇多的启发。然而，倘若有人想要整理出某位或某些学者关于诉讼构造的系统学说，那么他也许只能失望。因为日本人虽擅长诉讼价值理念的引进和诉讼程序规则的移植，但在诉讼构造问题上并未创造出可称得上学说的东西。日本有不少以“构造”命名的专著，例如铃木茂嗣的《刑事诉讼的基本构造》 井户田侃的《刑事程序的构造序说》，田宫裕的《侦查的构造》，井上正治的《侦查的构造与人权的保障》等等。看到书名，有意涉足诉讼构造领域的人会顿时兴奋，但翻开目录，便知名不符实。因为这些书几乎无一例外地全是论文集，虽研究的多数课题是与诉讼构造有关联的，但却找不到作者对其诉讼构造思想的系统阐发。尤其是《刑事诉讼的基本构造》一书，也许是作者为了凑成一本大部头，只得用远非基本构造主要研究课题的“诉讼对象论”来拼出书的另一半，让读者毫无必要地费许多精力去琢磨这两个课题之间的联系。因此，笔者虽说对日本的理论有所偏爱，但在本章却无从谈起。

笔者所关心的是诉讼构造问题，而美国人议论的则是诉讼模

式（或称程序模式）问题，那么，二者是否有共同之处呢？在探讨诉讼构造的概念之前，这一问题是相当重要的。而现在这一问题将留到对美国学说介绍之后的评说时予以回答。另外，鉴于帕卡学说和达马斯卡学说的理论份量，以下的介绍将以他们的学说为重点。

一、帕卡的犯罪控制模式与正当程序模式

1964年，帕卡在宾夕法尼亚法学杂志上发表了题为"刑事程序的两个模式"一文，[①]首次提出了犯罪控制模式（Crime Control Model）与正当程序模式（Due Process Model）。诚如日本鸭良弼教授所述："在现代美国诉讼学界，创造出辉煌研究业绩的、当属帕卡"。[②]帕卡的学说在美国学界引起震动，进而波及西方其他国家。

帕卡模式学说得以产生的契机，可以说是A·戈德斯坦（其模式学说在下文介绍）所发动的法社会学或法现实主义运动和法典编纂运动。美国的法社会学在本世纪二十年代，不过是以上级法院的判例为中心进行理论分析的传统法学，而六十年代开展的法社会学运动则主要以法实现过程中的意思决定者以及在其影响下的人们的态度、认识和价值体系等作为研究重点，其结果是各项法的原则都被与意思决定者及其所应发挥的机能相关联、作为必须重新加以研究的课题。另一方面，以全美法律协会所编制的模范刑法典和统一逮捕法为代表的法典化运动，也要求作为法典化运动基础的法的一般理论的发展。在这种状态下，各种各样的实态调查和理论研究便应运而生。福特的保释研究、赖明顿等就整个刑事程序的实态调查、阿连的回归社会的思想以及关于

①该文收入帕卡的《刑事犯罪制裁的界限》一书，1968年版。
②鸭良弼著《刑事诉讼的基本理念》第21页，九州大学出版会。

少年法院运动的分析、威库斯拉对模范刑法典的理论研究、J·戈德斯坦关于搜查的决定、A·戈德斯坦关于国家与被告人之间利益对立的均衡的分析，等等，都是这一时期的重要成果。而立足于这些成果，进行创造性理论研究的，当属帕卡的模式学说。

依据帕卡的基本观点，整个美国刑事诉讼程序自始至终是一场"战争"。代表国家的司法机关致力于将刑法实体内容适用于涉嫌犯罪的人身上，而被告则力图以各种防御方法，避免此种强制力科加于己身。在程序的运作过程中，国家与被告是处于敌对状态之中的。近几十年，此种敌对现象不断地呈现在刑事程序运作所产生的各种问题之中，大有愈演愈烈之势。因此，如何解决上述冲突，已成为最迫切的研究课题之一。帕卡认为，刑法与刑事程序之间的密切关联之一，就是凭借刑事诉讼以实施刑法的"效率"与"妥当性"（fitness）的问题。"效率"要求刑事程序之运作迅速地处理大量案件，从而使社会治安得以维持；"妥当性"则要求程序运作过程的合法性，不能为了达到发现真实的目的而不择手段。刑事司法体系的运作，必须兼顾这两方面的问题。因此，要研究刑法实际效益如何，就必须实际地考虑以下问题：刑事程序作为一种社会控制（Social Control）手段，应如何评价其效率性与妥当性？在实际运作上，二者所占据的比重如何？怎样去从事此项评价工作？

帕卡认为，要从事此项研究任务，以模式（Model）作为价值选择标准，颇符合实际。刑事程序模式产生于与刑事诉讼有关的宪法和制定法的规定，并由这些规定所决定。每个模式都有其基础意识形态，代表某项价值选择，并有其主要目标和判断标准。当然，以模式研究，也有其缺点。这就是，由于每个模式代表不同的价值选择，而为实务所运作，因此，两个模式是立于竞争地位的，竞争的结果，必有某个模式成为优势者，为人们所注目与评价，从而可能导致另一与之对立的模式的价值体系被忽视

或压抑。刑事程序在实务运作中所表现出的性格与形态如何，是由其日常机能反映出的价值选择所决定的。选择效率，日常运作必然容许警察在侦查犯罪时，有相当的自由裁量权；选择正当程序，必然要订立若干规则以防止政府官员的专横擅断。而人们所需要的，是一个能让人确实认知的，作为刑事程序基础之价值选择为何者的程序。也就是说，需要一个规范性的模式(a normative model)。既然两个模式相互竞争的结果，有可能使未被选择的价值体系被忽视或压抑，那么，研究者的任务之一，显然应当是尽力挖掘此对立模式的一切，让人们明了并得以解除心中的疑问或误解。

帕卡还指出，对两个对立模式并不能以"本然"与"应然"视之，也不能在这种意义上展开论述。同时，并非实务上采取其中某一模式，即代表"正确的"选择；抑或其中一模式在排除了另一模式之后，即符合实际或代表理想。模式由于具有"规范"的性格，且人们对于不同的价值体系各有其选择偏好，因此易流于率断孰是孰非。而事实上，两个模式并不能简单地以"好、坏"视之。研究者因此亦不应根据个人的喜好提出解决问题的模式。

基于以上这种认识，帕卡把美国刑事诉讼中的两个对立模式，概括为犯罪控制模式和正当程序模式。两个对立模式各有其思想基础。前者是以保护社会福利、大众安宁为主的团体主义的思想模式，其建立在将社会视为一个与组成分子个人意志有别并超越个人意志的独立实体的基础之上，同时坚信社会福利的价值，为达到这种目的，国家便应对刑事程序的运作有所干预。后者则是崇尚个人自由，强调人权至上的个人主义思想模式。其基础建于自然法思想，认为人类拥有某些基本权利，如果统治者侵犯了这些权利，人民将不信任统治者并撤回授予统治者的权利。总之，个人的权利超出于社会与国家的利益之上。

犯罪控制模式主张刑事诉讼程序的最重要的机能就是抑制犯

罪，即为了维护公共秩序，犯罪行为必须被置于严格的统制之下。因而这一模式最关心的就是程序的效率，认为在惩罚犯罪上不具有高效率的刑事诉讼，无论对社会还是对个人的自由，都是有害无益的。因此，为了保证程序的管理、运用的效率性和决定的确实性，必须扩大侦查机关的权力和信赖警察官的能力。诉讼程序必须保证高效率的检举和有罪判决，必须是迅速和终局性的(即排除不服申诉)。在被检举的人不是犯人的场合，应尽快在早期的程序阶段将其排除，从而确保尽可能迅速地对真正的犯人进行有罪判决。整个刑事诉讼程序，从侦查、逮捕、起诉直至审判，应当成为快速的（speedy）流水作业程序。

正当程序模式则是以个人优先的观念以及为了保障个人权利不受侵犯而对国家权力进行制约的观念为基础的。这一模式认为，不受制约的权力必然被享有者滥用；在刑事程序上限制国家的权力，就是对被告人权利的保护。因而这一模式对不受抑制的行政性的真实发现程序持怀疑态度，而坚持司法性的事实认定程序，通过不服申诉最大限度地减少误判；对控制犯罪的效率持消极态度，而关心正当程序的切实执行和被告人权利的确实保护；反对犯罪控制模式实际上奉行的有罪推定，而坚持无罪推定的法理。而且这一模式尤为关心贫困的被告人在诉讼程序上是否得到有效的保护，并强调实行这种保护是国家不可推卸的义务。与犯罪控制模式的流水作业程序相反，这一模式是跨栏赛跑（障碍竞赛）式的程序。

当然，这样笼统地介绍两个模式的对立，尚不能使人清晰地看到两个模式在刑事诉讼的各个程序中的一系列对立，故这里将进一步介绍帕卡所揭示的两个模式在各个程序中以及各个主要刑诉问题上的不同的价值取向和做法。也许是罪状认否程序在美国的广泛运用（致使多数案件并不进入正式审判程序）以及审判程序的正当程序化最高等因素，帕卡没有专门探讨两个模式在审判

程序中的具体对立。而审判程序对于我国来说，其存在的问题并不少于侦查和起诉程序，但在此问题的研究上，我们只能遗憾难以从帕氏的学说中得到启迪。另外，帕卡还探讨了两个模式在上诉程序中的对立，而这已超出了笔者的刑诉构造论的研究范围，故这里不作专门介绍。

（一）关于为侦查而实施的逮捕

帕卡所说"逮捕"，并非美国法律中的规范性逮捕，而是概括地指所有对人的身体加以拘束的行为。犯罪控制模式与正当程序模式在逮捕问题上的对立，归结于以下两个问题上：(1) 警察逮捕权的基础；(2) 如果警察实行非法逮捕，将产生何种效果？

1、犯罪控制模式

此模式主张，一旦有相当根据，认为某人犯有谋杀(murder)、盗窃（burglary）等罪，警察即有权对其实行逮捕。不过，警察的逮捕权不应仅限于此，在其他需要逮捕的情况下，亦有权实施。例如为调查前科犯（previous offenders）是否又从事犯罪活动，尤其在警方发觉有与该前科犯所曾犯之同种反社会行为发生时，警察可随时对其实行逮捕。又如某人的行为显示出将为犯罪恶行时，亦可为讯问目的而逮捕。此模式主张由警察自行决定何种情况与多长期间，可以为讯问目的而拦截或留置某人。对于警察这种自由裁量权（discretion）、以"效率"来评价已足矣，不宜有所限制。即使必须以法令限制，亦应减至最低程度，同时保留相当弹性，以容纳所有可能实施逮捕的情况。

警察如果破坏了限制警察逮捕权限的规则，应对其进行制裁。不过，最适当的限制方式是由警察部门的长官进行惩戒(discipline)。因为警察部门的长官是警察是否遵守职业标准的最佳判断者，由其监督和惩戒可以促使其部属成为更优秀的警察人员。在警察的行为确为不当时，可予以免职，或者在一般诉讼中给予被非法逮捕公民民事赔偿。当然，后者对犯错的警察只具有

较小的教育作用。而最不应允许的制裁是通过刑事程序本身加以制裁，如驳回起诉或排除证据不用。此种制裁方式仅仅给予了犯罪者意外的收获，对犯错的警察则毫无影响，故为最不宜采取的方式。统制警察行为的规范，通常是一种技术性的事实，而警察违反规范有可能是善意的，如果因此种错误致使犯罪人获得自由，则并非必然为警察所深切关心，故无助于纠正警察的错误行为。事实上，采取能够影响警察本身权益的制裁方式，比起赋予犯罪人利益而削弱执法效力的措施，更能帮助警察改正其错误。

总之，此模式是赞成为调查目的授权警察实施逮捕的。通常有两种方式：(1) 直接方式。明确规定，无论是否有合理根据怀疑某人涉嫌犯罪，警察有广泛的自由裁量权，可在街上拦截其人并进行盘问。(2) 间接方式。依据解释相当笼统的犯罪行为范畴方式，赋予警察只要有相当根据，认为某人涉嫌从事此范畴内犯罪行为，即享有逮捕权。例如，取缔流浪者之法律（Vagrancy laws）和妨害治安法（disorderly conduct laws）便是警察享有逮捕权的法律根据。通常上述两种方式是合并采用的。

2、正当法律程序模式

此模式认为"除有相当根据外，不受身体拘束"是自由人的基本权利。衡量"相当根据"的标准是"某犯罪业已发生，而根据判断、其人很可能为犯罪人。"通常，欲拘束身体，应由治安法官决定是否签发令状（warrant）；只有在必要情形下，警察才可自行实施，但事后必须提出足以证明有紧急情况存在的证据以备司法审查。一个默示宽容警察实施无差别逮捕的社会是伪善的；而一个公然支持此种逮捕的社会，则本质上必然是趋向纠问制度的。

此模式认为"赋予警察广泛的逮捕权以便其调查为警察有效率地运作所必须"之主张是无法论证的。既然主张法律应予修改，以符合一般的（虽不受承认的）实务，但对于为调查而为的逮捕，目前实际上已被宽容到相当程度，那么上述使这种逮捕合

法化的主张岂非毫无意义？无论如何，争论效率的要求，是过于离谱的。一个完全符合效率的犯罪控制制度将是一个完全压抑的制度，因为它将要求个人权利完全停止存在与行使。当然，维护与支持个人隐私、尊严及人格神圣不可侵犯的政治制度，必然也要付出某些代价，其中定然包括某些效率方面的牺牲。因此，仅仅以效率为理由仍然是无法为侵害个人自由辩护的。

此模式还认为，扩张警察得为讯问而留置的权力，各阶层人民不见得会愿意接受警察的这种干扰。假如此项扩张警权的主张得以实现的话，可预见的是，由于警察实务将使人民自身受到限制，抗议之声将甚为强大，终将使得此项措施根本无法持久。更大的危险是这些措施将以一种差别对待的方式，被适用于贫困、无知和不受欢迎的人民身上——这些人是最不易被注意到其困境的，而且对他们的遭遇，群众也漠不关心。如果警察们私下秘密干的事，成为一种官方所承认的实际，那么，警察对法律的奉行势将陷入一个新的低潮。

因此，当前的要务并非使此种普遍的、非法的实务合法化，而是再肯定其非法性，减少其发生的可能性，因而对非法逮捕制裁，大体说来，此模式所主张的制裁是：(1) 直接或间接基于非法逮捕所取得的证据，应被排除不予引用。(2) 任何基于非法逮捕所为之起诉应予驳回，即使这样做可能会显得极端。如果再予起诉，所有程序都应从头开始。(3) 一般侵权行为诉讼已被证明在对抗警察非法活动上，并没有什么效用，故应以法令规定以雇佣该犯罪警察的政府部门为对象的法定诉讼（a statutory action），并由律师扮演一重要的公共服务角色，对警察提出诉讼。这种方式将促使政府部门自觉与警察的行为发生利害关系，刺激其阻止非法行为。(4) 直接惩戒方式亦可实施，但不能期待由其部门主管实施此种制裁。(5) 由第三者审查。一方面保证法律执行之公平，另一方面使人民明白警察本身并非即是法律。为

了此目的，有必要成立平民委员会（civilian boards）。例如非由警察支配的委员会，以接受对非法逮捕活动的直接控诉，如果委员会在预备调查（preliminary investigation）程序发现这种控诉可能属实时，至少有权进行惩戒程序。

总之，此模式主张，对于警察为增进程序效率而实施的非法逮捕行为，应以刑事程序实行处罚，并将此逮捕视为无效率的活动。对犯错警察的制裁应尽可能地在刑事诉讼本身的范围内进行。

（二）关于逮捕后的拘禁和讯问

犯罪控制模式与正当程序模式在逮捕后的拘禁和讯问问题上的对立，主要表现在以下几点上：（1）涉嫌人被逮捕后，警察是否可自行对其进行侦讯；（2）涉嫌人被逮捕后是否应立即将其带至治安法官面前；（3）警察是否可无限期地拘禁被告；（4）被告是否应由律师协助；（5）如果被告在此时承认有罪，此项自白在审判程序中的运用应否有所限制。

1、犯罪控制模式

此模式对上述问题有如下主张：

（1）涉嫌人被逮捕后，警察可以对被告进行讯问，但不应允许被告选任辩护人。涉嫌人为最佳消息、资料来源者，没有他的合作，大多数犯罪事实真相根本无法查明。因此，在涉嫌人有机会杜撰事实，或决定不与警察合作之前，警察应有合理的时间与场合对其讯问。根据心理学观点，涉嫌人合作的最适宜的时间为逮捕后，并在其有机会集中防御力之前。任何外来干预都可能降低涉嫌人合作的欲望，故不应准许其与家人或朋友会面，更不应有辩护律师协助。因为一个律师会做的第一件事就是要其保持沉默。

（2）警察无权进行无限期的拘禁，但是在涉嫌人被带至治安法官面前之前，警察可以进行讯问的期间的长短，并没有严格与

固定的规则可遵循。犯罪的严重性、复杂性以及涉嫌人所具有的种种诡辩伎俩，都是决定拘禁期间的有关因素。应当以"在衡量一切情况之后，该项拘禁的期间是否为警察运用合法的讯问技巧，以获得足以证明犯罪的资料所需的时间，"作为拘禁期间的合法标准。

(3) 在通常情况下，涉嫌人不应被禁止通讯 (incommunicado)。其家人有权知悉其在何处，但不允许交谈，否则将影响讯问的效果。尤其在有共犯的场合，如共犯仍逍遥法外，而且尚不知其已被捕，则不通知其家人是合理的。

(4) 在讯问时从涉嫌人获得的可信的陈述 (trustworthy statement) 可作为对其不利的证据。因为侦查犯罪的目的就是发现真实，故任何有助于发现真实的行为都应予以鼓励。问题是警察有时会背离职业标准，采用强制性手段 (coercive measures) 取得涉嫌人之自白。对此固然不应宽容，因为我们知道，强制自白的恶果就在于可能使无辜者遭受有罪判决。警察的何种活动是强制性的，并无任何固定、严格的标准以资判断，只有在个别案件中具体决定被告的自白是否可信，以及自白是否为警察强制取得。假如被告想要排除其自白的证据能力，就必须使陪审团相信在其自白时，曾受到相当的强制，以致此项自白不可采信。为解决这种自白问题上的争议，审判官须斟酌其他证据。如果这些证据证明被告确实有罪，而且与自白之事实一致，那么这项自白仍可作为审判者心证的证据资料。换句话说，警察非法运用强制力取得涉嫌人（或被告）的自白，固然不应鼓励或宽容，但强制力的运用本身并无法决定自白的可信与否，因此，不应否定该项自白证据的容许性 (admissibility)。应当依靠警察内部的行政措施来纠正警察的不当行为，而不应以不起诉处分或无罪判决的措施，使犯罪人因此获利，如此才能排除警察的不当行为。况且，在警察实务上，极少出现武力强制的情形，如过长期

间的留置，并不会对涉嫌人造成身体虐待（physical abuse）。因此，排除此期间涉嫌人自白的证据能力，实非控制犯罪之道。总之，此模式竭力反对因自白为强制取得而排除其证据能力。

2、正当程序模式

此模式有如下主张：

（1）必须有相当根据证明某人涉嫌犯罪，方可予以逮捕，亦即除非警察在逮捕时，有充分的证据合理相信被告为犯罪人，否则不应着手进行逮捕。而既然警察须遵守此项逮捕标准，自无必要从涉嫌人口中获得证据。涉嫌人被逮捕乃因被认为涉嫌犯罪，并非因逮捕而使得警察对于本不知道被逮捕人是否有犯罪嫌疑的案件，得以开始进行侦查。

（2）一旦涉嫌人被逮捕，应将其立即带至治安法官面前，进行预审程序，不得有任何不必要的迟延。被逮捕人有权就逮捕之合法性问题（是否有相当根据存在），要求提示检察官方面的证据。倘若不立即将被逮捕人带至治安法官面前，此项司法程序便无法进行。被告是否继续拘禁，或予以交保，也应由治安法官迅速裁定。涉嫌人也应获得律师的协助。但事实上，如果被告不知有此项权利，也就无法获得实际的协助。为保障被逮捕人的权利行使，上述程序的迅速进行是不可或缺的

（3）不得为取得被告自白而延长拘禁期间

警察不得为讯问与调查的目的拘禁被告。虽然，在逮捕后到将被逮捕人带至治安法官面前必有一段间隔期间，且期待警方在此期间完全不对被告采取任何行动是不切实际的想法，但无论如何，在此极短期间内所进行的讯问，与为取得自白而延长拘禁期间内的询问是截然不同的，后者应被认为是非法的。

（4）应告知被告享有沉默权和律师协助权

逮捕涉嫌人后，应立即告知他无义务回答任何问题，而不会因此产生任何不利的后果，他可任意陈述，而且他的任何陈述都

可作为证据；他也可选任律师协助。

(5) 禁止引用如下情形的自白为证据：

①被告未被告知其享有沉默权与律师协助权。

②警察在通知被告其权利后，在被告并未明白表示“放弃”(waive) 权利的情况下，立即讯问被告所获得的自白。

③自白的形成时间超过逮捕后带至治安法官面前所需的拘禁期间的。

④自白因其他强制性手段所取得。例如，因强暴、胁迫、利诱、欺诈所取得的自白。

以上种种情形下所为之自白均属“非任意性”(involuntory) 之自白，应排除于审判之外，以剥夺任何致使警察获取此种自白的诱因。

排除非任意性自白的理论基础，并非因其不可信(untrustworthy)，而是着眼于其取得的方法。如果取得的自白违反“不强迫被告合作与不利用被告对自己权利的无知”的原则，即应予以排除。至于是否有其他证据足以证明自白内容属实，与自白的证据容许性或基于此项自白所进行的有罪判决是否应废弃的问题，并无关联。决定有关自白的证据容许性问题，应由法官负责，以防止对被告存在任何偏见，尤其在实行陪审制的案件中，应由法官全权决定陪审团是否要听取被告的自白。

(三) 关于电子窃听

电子窃听可否在刑事侦查程序中使用？如若可以，其条件与限制如何？在这两个问题上，两个对立模式的立场截然不同

1、犯罪控制模式

认为使用电子窃听以打击组织性犯罪 (organized crimes)，在当今是不可避免的侦查犯罪手段。由于犯罪组织的领导者通常仅居于幕后领导策划，而由其手下直接或间接实施犯罪行为，故想要获得其犯罪证据，至少必须有其参与犯罪密谋的证据，据此

认定其为共犯之一，才足以治罪。而此种犯罪组织的领导人物对于存在于各种社会阶层的非法交易者（例如赌博、贩卖麻醉药品的小贩等犯罪人）甚至是陌生的，故想通过通常发现犯罪的巡逻、线民、密告、被害人告发等途径得知，甚为困难。因此，唯有依靠各种电子监听装置或电话窃听了。在侦查实务上，对大规模犯罪组织的领导人物，多赖以窃听方式取得犯罪证据。

诚然，此种监听方式可能被执法官所滥用，但侦查犯罪的必要性比起滥用监听的危险性要重要得多。对于有权发布授权监听命令的法官而言，要求其就警察申请监听是否具备合理根据（reasonable grounds）进行一般的审查已花费颇多时间，更别说担负详尽特别的审查责任了。同时，由于窃听通常须持续实施一段时间，法官无法进行长期与详细的监督。因此，司法控制（judicial control）就防止执法官员过于热衷于此项活动而言，似乎发挥不了什么功效。当然，只要法官们所要求的合理根据非警察能力所不及，警察并不会排斥必须先申请法庭命令始能窃听之主张。

对于警察利用电子监听调查的犯罪形态，不应有任何限制。有时，某一重要的犯罪组织领导人可能因此以相当轻微的罪名被控诉，身陷囹圄，如此也可达到打击犯罪的目的。至于窃听所得消息，无论是否恰是监听官员所欲寻求的，均可在犯罪案件中自由运用。如果获得的资料与犯罪无关，警察并无兴趣和余暇去监听，故守法公民对监听实无畏惧的必要。

2、正当程序模式

此模式主张在任何情况下，无论何人所为之电子窃听均属非法。联邦宪法第四条修正案所保障的"隐私权"（人民对于自己的身体、住所、文件、财物，享有不受不合理搜查、逮捕的权利……），不得因所谓执行法律的紧急情况而被剥夺。电子窃听的使用是一种所谓"一般无差别的搜索"（indiscriminate general

search。此种搜索正是美国独立战争导因之一，因此为制宪者高度警惕与竭力防止。赞成以"必要"（necessity）之名容忍私人秘密被刺探，就是允许狂妄的警察与检察官任意侵犯公民的私生活。果真如此，公民赖以生存的思想与言论自由真义将无所立足。

纵使无法避免使用电子窃听，其运用也应缩减至最小范围。例如，应限于相当严重的犯罪，诸如间谍行为（espionage），叛乱罪（treason），或其他直接影响国家安全的犯罪方可使用。"对抗组织性的犯罪"是一种甚为暧昧的理由，许多犯罪组织所实施的犯罪形态，也经常在个别犯罪中被发现。因而，采取"令状主义"实行严格的司法控制是绝对必要的。

（四）关于非法搜查所得证据

1、犯罪控制模式

此模式认为非法搜查所得证据只要与其他证据印证，确属真实材料，即可以运用。至于非法搜查被害之人的救济问题，通过侵权行为诉讼加以解决就足矣。亦即被害人可通过聘请律师，控告警察，说服陪审团以获得有利判决。无论如何，并无理由证明证据的运用必须考虑其如何获得的问题，故所谓证据排除法则并无必要。非法搜查取得的证据与自白不同，不产生可信性（reliability）问题，无论其如何取得，当不致于因取得方法而产生证据容许性问题。

2、正当程序模式

此模式主张由非法搜查的被害人提出侵权行为诉讼作为救济，是不切实际的想法。这不仅因为被害人常处于无法提出诉讼的状态，也因实际上通过此诉讼获得的损害赔偿屈指可数。在一般情况下，被告人多为非清白之人，故其所受损害，尤其是声称精神上或名誉上遭受的损害，实难为陪审团同情与采纳。加之公务员本身资力也很有限，被害人即使获得胜诉判决，所获得的赔

偿也不会太多。更重要的是律师如果轻易为有罪被告提出诉讼，极易触怒执法单位，对其日后的业务推展未必有益，这就使得多数律师难以挺身而出。

因此，要减少非法搜查等行为的发生，以及对被害人适当救济，如下方式更见效果：规定任何因非法搜查取得的证据无证据能力；这种无证据能力的证据在审判前后均应排除，任何基于这种证据的有罪判决都应废弃；由非法搜查所得证据而衍生的其他证据也应禁止使用；如果取得的证据与非法搜查之间有任何疑问，应采取最严格的标准——只要证据的发现是在非法搜查之后(preceded by illegal searches)，该证据即应予以排除；制定预防性规则——规定如果发现非法搜查的证据，不仅该项证据应予排除，基于此项证据的起诉也应驳回。总之，必须剥夺因非法行为取得证据可能产生的任何利益。

（五）关于辩护律师依赖权

1、犯罪控制模式

此模式认为从涉嫌人被逮捕到被带至治安法官面前，是侦查犯罪真相的关键阶段。因此，警察侦查期间不应允许且也不能容忍律师的介入，律师的位置应在审判程序中，而此阶段为侦查程序阶段，属非审判性质的活动。一个律师除非案件已系属法院审判，否则，不应介入。同时，被告本身为最佳侦查客体，事实真相最易由被告得知，故警察在讯问被告时不能受到任何人（包括律师）的干扰。这段时间也是警察发现真相的唯一机会，如果允许被告人在此时选任律师，一个律师会做的第一件事就是告知被告不要进行任何陈述，如此就会关闭真实之门。对于无辜者而言，其因律师的忠告而拒绝陈述可能反而构成尽早获释的障碍，而真正获利者可能为确实涉嫌者。如果每一个案件的警察都无法获得被告的合作，那么，无论案件轻重，不仅警察效率将受挫，由于不易发现真相，从而人们所享有的社会秩序安全的权利也将

受到严重侵害。

即使允许被告选任律师，只需通知该律师告知其委托人业已被捕即可。假如被告在拘禁期间受到任何不当侵害,其可以声请人身保护命令（habeas corpus）。在此期间由于警察行为所引起的各种问题，在诉讼程序的其他阶段都将受到公开审查，尤其是在采用排除证据规则为制裁方式的场合更是如此。因此，毫无理由认为在此阶段应给予被告律师协助权。赋予被告律师协助权的结果，只能是妨害发现真实，对被告并无实益。

2、正当程序模式

此模式主张一旦面对法律的规范与约束，顽强、狡猾、世故的犯罪人与缺乏法律知识、纯朴的涉嫌人或初犯者的机会是不平等的。前者知道对警察的讯问可保持沉默,个人的任意性陈述可作为对其不利的证据，而后者对此等权利则可能完全不知。就整个刑事诉讼程序的各个阶段而言，国家与个人之间力量差距之大，莫过于逮捕与拘禁阶段。警察权力在此期间最易扩张与滥用，除非其本身愿意加以控制，滥用的机会是无法想象的。事后的救济也只能发挥些许的纠正作用。在警察局中发生的事实究竟如何，只有被告与警察知道，而被告通常显然处于较不利的境地。

因此，为防止警察滥用权力，应要求警察在实施逮捕时遵守以下规则：(1) 立即告诉涉嫌人享有沉默权与律师协助权；(2) 可立即与律师见面；(3) 如果没有律师在场，被告无义务回答任何问题。

（五）关于起诉处分

两个对立模式在起诉处分问题上的对立集中在起诉决定权上。即，是由检察官起诉，还是由其他机构决定起诉。

1、犯罪控制模式

此模式主张是否提起公诉，应由检察官决定，因为检察官所

处的地位与拥有的职权，最适于评价警方收集的证据，并决定这些证据是否足以使涉嫌人在未来的审判程序中获得有罪判决。既然检察官无论在任何案件中均应从事这种活动，那么治安法官便无须重复进行，以避免时间与人力的浪费。由于检察官的职业声望和绩效是建立在其所起诉案件获得的有罪判决效率之上的，故其对于证据不足、不太可能获得有罪判决的案件，并无兴趣与精力去推动进行。无辜涉嫌人的权益因检察官的这种过滤性的决定即可受到相当的保障，因而没有必要再由司法预审程序审查。预审程序主要是解决律师权与保释问题，是否起诉，不应由治安法官决定。

当然，由检察官决定是否起诉，可能尚需要某些力量来支持其决定。例如，在一个引起大众广泛兴趣以及涉嫌人为公务员或社会中有相当地位者的案件中，检察官可能需要某些利益团体或群众在情绪或意见上的支持，也可能需要探知某些消息，以预测其起诉是否会被驳回。仅就这点而言，大陪审团的证明确有相当的存在价值，由其代表某种小型的公众意见团体，对检察官的起诉进行投票。假如投票结果是不赞成起诉，检察官即无须继续推动该案件，并可以将任何的批评导向大陪审团的行为。如果大陪审支持起诉，则检察官的起诉处分将因大陪审之权威而获得肯定。当然，大陪审的活动是秘密的，不采取当事人主义程序，涉嫌人没有出席大陪审活动的权利。假如涉嫌人要求作证，也不能有律师协助。

总之，此模式主张应由检察官制作简易起诉书(information)或说服大陪审签发起诉状(indictment)，不应由治安法官来决定是否起诉。

2、正当程序模式

此模式主张决定是否起诉之前，应有一个过滤的程序，即治安法官举行的预审程序(preliminary hearing)。认为由检察官或

警察自由裁决，实际上是表明放弃了当事人主义。对此，我们怎能在无人审查检察官行为与责任的情况下，信任其行为及活动会是公开与公平的呢！从涉嫌人立场来说，假如他无法自己进行适当防御，且不知他应享有的权利，在被逮捕及拘禁后，他将感受到被起诉的压力，而起诉、审判、有罪判决等种种可能性产生的压力，也将增加被告进行有罪答辩的机会。尤其是当被告处于继续拘禁的状况下，为使被告对追诉的罪名能有提出反证与防御的机会，预审程序所发挥的过滤功能是绝对必要的了。

预审程序是以公开或秘密方式进行，这应交由被告决定。在预审程序中，被告应有在场权与律师协助权。检察官应提出足够的证据，以证明有相当根据足以起诉被告。传统的大陪审显然并不符合此等要件。虽然起诉也可由大陪审为之，但其无法取代预审程序中“公开的”治安法官的地位。同时，辩护律师对于预审程序是否公平、公正，也起着重要的作用。因而辩护律师最好能在被告逮捕后立即选定，其在预审程序前必须对整个案件已有相当了解，可立即对涉嫌人提供必要的协助，不应等到预审程序时才知悉案件，因为此时采取步骤已嫌略迟。另外，还应告知涉嫌人关于预审程序的作用和他的律师协助权。如果未曾通知被告、或无律师在场，被告的任何“放弃”权利的行为都是无效的。

(六) 关于审判前的拘禁

1、犯罪控制模式

此模式认为由于多数被起诉的被告事实上是有罪的，故“被逮捕”与“起诉”两项事实是被告有罪可信性的双重保证。因此，就各种实际目的而言，被告应被视为是犯罪人。既然如此，就不能因无法迅速审判而主张被告在审判前获得自由。在等待审判期间如允许被告自由在外，可能会有如下危险：(1) 被告有审判时不出庭之虞。如果被告了解自身是有罪的，且可能被科处刑罚，这种不出庭的危险将大为增加。被告如果未在审判时出庭，就必

须运用已经相当有限的人力、物力再予逮捕，并将其带到法庭上。若这仅仅是偶而为之且规模不大，尚可接受。若非如此，则上述情况将防不胜防。如此恶性循环，多数被告不出庭将使得更多被告受到鼓励，也会不出庭，整个刑事司法制度将会因此瓦解。(2) 在等待审判期间，被告如果未被拘禁，可能会再实施犯罪行为，尤其是狡猾且具有相当经验的犯罪人，更有此可能。(3) 即使就初犯 (first offenders) 以及再犯可能性较低的案犯而言，并无上述第二种危险，但"审判前的自由"(pretrial liberty) 仍不能视为这种犯罪人的"权利"。通常，法院对于轻微犯罪是较宽大的，常判处罚金、缓刑、保护管束等。这种判决对于犯罪人未来的行为并无主要的影响。但对这种犯罪人，审判前的拘禁却可提醒他，犯罪绝非有利可得，而这是唯一的提醒与警惕方式。另外，审判前释放被告，将减少被告接受有罪答辩的诱因，带给原已负荷甚重的程序更多的压力。因为审判前的拘禁，易促使确实有罪的人进行有罪答辩，而如果审判前被告是自由的，他将宁可选择等待审判，而这恰恰有悖于诉讼"经济"与"效率"的目的，徒增诸多困扰。

当然，为克服看守所人满为患的现象，以传票传唤代替逮捕，或对于轻微犯罪，逮捕后在审判前予以释放，都不失为可行的方法。而在重罪案件中，当然应遵行审判前拘禁之原则，但是，即使在微罪案件中减少审判的拘禁，目的也在于促进刑事诉讼的效率，而不是为了支持某些抽象的自由权利理念。如果目前实务中的保释制度无法完成上述主张，则应寻求另外一种制度取代。

2、正当程序模式

此模式认为，一个被控犯罪者并非就是一个犯罪人，被告的地位与已判决有罪的案犯之间有着截然不同的区别。应该说，二者之间最明显、最重要的运作上的差别，就是"身体限制"

(physical restraint) 问题。拘禁是违反被告意志的强制性措施，与被宣判有罪的犯罪人因宣告徒刑而身陷囹圄的情况自然不同。后者"丧失"自由，是审判导致的结果。然而，一个被拘禁的被告则可能引起下列种种不利的情况：无法与律师会见商议；无法自行追查和寻找对己有利的证人；可能失去工作从而导致家庭经济发生困难；如果最终被判决无罪，这种审判中的拘禁更成为一种不公平的处置。同时，被拘禁的被告还可能不得不进行有罪答辩，造成的结果就是放弃了刑事诉讼制度与宪法规范所提供的各项权利保障。为了防止上述情况发生，在被告的自由不会妨碍或威胁到正常的审判程序与秩序的范围内，被告有权保持自由直到被判决有罪；除非被告在审判时不准时到庭，否则不应予以拘禁。宪法第 8 条修正案规定："不得要求过高的保释金额" (excessive bail shall not be required)，即说明保释制度存在的必要。就某种意义而言，这项规定可能只能保证在某些非主要案件 (noncapital case) 中，保释可被允许，而且可以合理的金额交保。然而，一般对此条款的说明往往忽视了保释制度的精神。该项条款规定被告在审判程序中可因保释或其他保证被告出庭的方法而获释放。不能基于任何与保证被告出庭无关的事由，剥夺此项审判中的自由权。保释制度只是保证被告在审判时会出庭的措施之一，但并非是唯一的措施，如果此项制度不能达到预期的目的，则应以其他措施取代。例如，(1) 对不出庭的被告科处刑罚；(2) 以传票传唤代替逮捕，以发动追诉；(3) 由被逮捕的被告自行具结或以现金保释取代保释保证书 (bail bonds)。

裁定保释的标准应视具体案件的状况而定，不宜完全适用一成不变的标准。因此，犯罪的性质只是数个考虑标准之一。如果就某些特定案件，制定机械地标准以裁定保释与否，将是对被告人权的拒绝保障。决定保释与否应在发现真实程序中进行。被告的社会基础、资力、追诉罪名的性质与轻重、犯罪情状与其他相

关因素均应予以考虑，以决定是否合乎保释条件，而且不得裁定任何令被告无法承担的保释条件，如过高的保释金等。为防止不当的保释裁定，司法审查是必要的。经过相当的调查程序后，若无法发现充分的涉嫌犯罪证据，即应释放涉嫌人，无须予以保释。即使有必要继续拘留，此期间亦不得超过为确定与涉嫌人有关的事实所需的时间，且拘禁与否应由治安法官来决定。

保释制度也有其自身的缺憾，比如就某些贫困的人而言，通常他们是缴纳不起保释金的。因而可以说，保释制度是以一种"差别待遇"的形式存在着。如果除缴纳保释外，尚有其他措施使审判中的这项自由权得以行使，那么，拘禁中的被告人数即可减少，看守所也不致人满为患。不过，保释制度虽有如上缺憾，但就维护被告审判前与审判中的自由权而言，在有更妥当的措施得以取代之前，不宜也无须否定之。

除上述有关保释制度的说明外，此模式认为所谓"审判前的拘禁可作为一种非正式的处罚方式，以代替正式的处罚"的说法与正义理念是相悖的。并指出"被告在审判前如获得自由，有可能重新犯罪"的说法更是本末倒置。既然法院尚未判决，那么，根本无法断言被告即为犯罪人，所谓"重新犯罪"从何说起？换句话说，所谓审判前的"预防性的"拘禁完全是自欺欺人的主张。

当然，在某些案例中被告如获自由，可能会胁迫证人、湮灭证据或妨害对其不利证据的收集，尤其涉及组织性犯罪（organized crimes）时，更会如此。如果有这种情况，可采取如下措施：由警方对证人实行保护；对被告予以告诫，如不遵守即判处侮辱法律或法庭罪；对贿赂、收买证人的行为科处刑罚等。假如在被告为上述妨害行为之前，略有蛛丝马迹即予拘禁，则无异是打开了广泛地滥用权力之门。当然，基于这种妨害事实确已发生而拘禁被告是合理的。不过，这与基于被告有为这种行为之虞或嫌疑而拘禁，是截然不同的。

总之，此模式的主张可以这样概括：审判前的自由权应是一种规范，一个遵行此项规范的刑事程序所必须符合的条件，就是赋予被告自由权，以便足以保证被告在审判时会出庭。同时，这种保证应以拘禁被告以外的方式作出，而不能仅因被告无力交保而予拘禁

（七）关于有罪答辩（The plea of guilt）

1、犯罪控制模式

在罪状认否程序（arraignment）中要求被告进行有罪答辩（The plea of guilt）的目的，旨在尽可能使大多数案件无须经过审判程序而终结。在犯罪事实已有充分证据的情况下，进行有罪答辩对被告、检察官、法官三者均是有利的　而且以这种方式终结案件亦有特殊的社会利益（social advantage）。例如，法官在审查时会查寻是否曾对被告有任何违反国家利益的承诺。通常，警察或检察官对被告所为的"宽大的"承诺（例如承诺较轻的处刑）是不能公开表示的；这种承诺也是检察官未适当地处理案件的证明。假如法官确实发现有不当的承诺存在，适当的解决方法是树立某些合法的标准（legal situation），它许在合乎这些标准的情况下，被告可依自己的意愿进行有罪答辩，而不是拒绝被告进行有罪答辩。因此，在许多案件中，法官的审查功能，应旨在提高记录上合乎规则（regularity）的保证，而不是保障任何特殊被告的权利。对法官而言，一个进行有罪答辩的被告，能够获得坚持花费国家人力、物力进行审判的被告所难以获得的较轻或较宽大的刑罚，是适当且必要的。

一般被告的能力和倾向，通常均能妥善地依自身的意愿来决定是否进行有罪答辩。如果被告已选有律师　可征询其意见。但在此程序中，国家并无任何义务为被告提供律师。被告的有罪答辩只须"依通常方式，可了解答辩的性质与效果，并依自由意志为之"等要件即可。法官则负有审查有罪答辩是否符合此等要件

之责任。绝对地要求律师在场，将会造成人力、物力的浪费，并且拖延程序的进行。

再者，法官在审查时，除非科刑之必要，无须调查犯罪情节与犯罪事实。要求法官探究这些问题，将损及程序的效率且有悖设立有罪答辩的目的。亦即，法官只须审查与科刑有关的事项。至于侦查程序所发生的事实（如违法行为）与犯罪情况及犯罪事实，并不是其审查的范围。

2、正当程序模式

此模式认为罪状认否程序是刑事程序中一个重要的划分阶段。被告在此程序中面临两个截然不同的选择：一是进入审判程序，那么，在此之前所发生的违法或不当的错误，就有机会进行司法审查。而被告也无法规避其应得的结果：无罪或处以罪责相符的刑罚。另一选择是进入有罪答辩程序，被告可获得较轻的处罚，但却切断了任何可能的司法审查之路。因此，就程序而言必须具有合法性，有罪答辩不应被鼓励。

即使被告欲为有罪答辩，也必须有律师在场协助，而且一般不应允许被告"放弃"律师协助权。否则，在涉及很多高度技术性与策略性问题的有罪答辩程序中，被告是难以获得正当法律程序的保障的。再者，答辩协商（plea bargaining），则必须在法官的监督下进行。为了避免给人"施用强制力"的印象，检察官不应提议或促成任何答辩协商的条件，法官也不得运用其量刑权，强制或诱使被告进行有罪答辩。无论如何，以威逼利诱方式促成的有罪答辩，不应容许。正式的审判程序不应被视为沉重的负担，而应视为整个刑事程序最合理、最适当的重心。因此，不应以促使被告进行有罪答辩来规避正式审判程序。

虽然此模式不鼓励被告进行有罪答辩，并多方予以限制，但鉴于有罪答辩的普遍存在，同时又强调有罪答辩程序的规范与标准，以判断被告的有罪答辩是否为"自愿性的"，且没有其他不当

承诺作为交换条件。首先，检察官应就追诉事实负举证责任；法官对证据的证明力必须获得确信的心证；检察官提出的证据须有证据容许性。其次，法官应详细审查以前程序是否有权力滥用的情形，例如非法取得证据，未依法提供被告律师协助权，审判前的拘禁期间的不当等，以判断是否有任何非法情形存在，而因被告进行有罪答辩而被忽略。

因此，法官只有在审查 (1) 犯罪有相当证据；(2) 无任何权力滥用的情形，方可接受被告的有罪答辩。否则被告取消 (set aside) 其有罪答辩，要求进入审判程序。

以上笔者用相当多的篇幅介绍了帕卡的模式学说。以往我们对美国刑事诉讼的了解多停留在制度、规则、判例以及实务之上，所以，常常是只能看到与我国的不同，而难以悟出不同的真正原因，特别是难以想象我国刑诉与美国刑诉竟然还存在着那么多相同的诉讼理念和具体做法。不能不说，犯罪控制模式的一些主张，正是我国刑诉法中的某些精神和司法实践的某些意识！而正当程序模式的一些主张，又是否可说是我国学者主张刑诉改革的某些动机？因此，大段介绍帕卡学说的意义绝不仅仅是基于了解的目的，而旨在最终回到对我国刑诉问题的思考之上。由于篇幅所限，笔者未介绍帕卡所阐述的美国刑诉实务在犯罪控制与正当程序上的种种不同的选择和趋向。另外，鉴于帕卡所揭示的两种对立模式不同的价值理念问题，属于诉讼目的的范畴，故将于“刑诉目的与刑诉构造”一章中再作介绍和评说。

二、格里费斯的争斗模式与家庭模式

对帕卡的两个模式学说提出正面挑战的是当时耶鲁大学的副教授格里费斯 (J · Griffith)。1970 年，他在耶鲁大学法学杂志上发表了“刑事程序中的理念——刑事程序的第三种模式”一文，对帕卡的学说进行了批判，并提出了与帕卡的两个模式相对立的

模式。他指出，与其说帕卡所主张的模式是两个模式，不如说实质上就是一种模式，即“争斗模式”（battle model），而正当与合理的模式应是与“争斗模式”相对立的“家庭模式”（family model）。

格氏认为，作为帕卡两个模式之前提的刑事程序思考方式，是把刑事程序视为国家与被告之间的争斗程序的思考方式，亦即，帕卡是把被告利益与国家利益的所谓不可调和性作为其理论前提的。因而可以说，在历来有关刑事程序的几乎所有的论述中，唯有这种思考方式是最为灰暗的。他指出，即使撇开帕卡的理论实质不说，仅就帕卡在论述刑事程序时的用语，就可领略其理论的“战争”意味。例如，在他的论述中经常使用“争斗”和“决斗”的字眼，与此相伴随的是辩护人被说成是“被告方的战士”（正当程序模式），被告人被当作“刑事程序的标的”（犯罪控制模式），自白被认为是被告的“降服”，而警察对被告的沉默权告知则被理解为“宣战书”，等等。

格氏指出，与争斗模式把利害调整的不可能作为前提的思考方式正好相反，家庭模式则象理想的家庭那样，是把利害调整的可能性和爱的理念作为前提的。在家庭内部也会对孩子的行为进行惩罚，但这种惩罚不是对孩子的敌视，而是对孩子的爱护。对犯了罪的人，社会的态度应该是：“我们爱你是毫无疑问的，但你现在犯了错，我们必须教育你，帮助你改错。”格氏认为，只要把这种模式作为前提，整个社会视犯罪人为特殊人的观念就会得到改变。同时，处罚程序也将被纳入新的、广泛的领域来研讨。只要对官员持信赖的态度，辩护人与检察官不同的诉讼活动就不会演化为争斗，而成为对法院公正裁判的协助性活动。而这将使被告的权利、尊严、人格受到最大的尊重，同时，刑事程序本身所应有的教育功能也将会得到最有效的发挥。

三、戈德斯坦的弹劾模式与纠问模式

戈德斯坦（A·S·Goldstein）于1974年在斯坦福大学法学评论纪念帕卡的专号上，发表了题为“关于两个模式论”的论文。在该文中，他提出了传统的“纠问模式”（inquisitorial model）与“弹劾模式”（accusatorial model）两个模式的理论。

戈德斯坦指出，帕卡的两个模式是两个不同的范畴。与其说犯罪控制模式是程序模式，不如说是整个程序模式所指向的目的。与此相对，正当程序则不外是达到这一目的的一系列程序，因此，研究程序模式还是采取传统的弹劾型、纠问型的方法，才是有效的。

戈氏认为，构成“弹劾模式”中核的是“无罪推定”原则，即在程序和证明过程中，把被告人作为无罪者来对待。弹劾模式，就其基本方面而言，属于受动性的模式。国家在程序的进行中采取消极的姿态，这是类似在英国长期占支配地位的私人追诉的诉讼形态，也可以说是类似民事诉讼的形态。在英国，本来警察和检察机关就不太发达，程序的主导权便委于被害人。大陪审团、检察官、调查官等都是作为审查官出现的。与此相反，“纠问程序”的主要特征是国家的能动性，官员担负着积极推行实体上和程序上的国家政策的义务，而通常这种义务是由法院承担的。法国刑事程序就是这种纠问模式的代表。纠问型诉讼的具体特征是把被告人作为主要的证据方法来对待，几乎没有证据法则，法官掌握程序的主导权，公判前对重大犯罪的被告人实行预防性拘禁，不设立证据口头提出的规则和辩护人反对寻问规则等等，司法机关在诉讼制度中处于中心地位，不能容忍把法律规范的实现委于警察、辩护人和被告人的做法。再者，即使法官和检察官，其裁量的余地也被极度地限制着。毫无疑问，控告等是不被承认的。总之，纠问式程序不是当事人支配的程序，而是国家支配的程序。

不过，戈氏警告，如果简单地用上述两个模式来理解英美型

刑事程序与大陆型刑事程序，则过于浅薄。如果从侦查到判决的整个程序看，进行实质性的比较，那么只能认为两者具有类似之处。例如，法国的预审法官授权警察的通常做法，实质上是把警察作为调查的中心，可以说预审法官具有英美被动性的治安法官的性格。如果比较一下控告，那么很难说欧洲的公判是非形式性的。美国的检察官的活动，可以说有似于法国的预审法官，特别是在有罪答辩时和量刑时，检察官提出的资料和判决前的调查报告书，的确和法国预审法官的调查笔录具有相同的作用。

其次，戈氏指出，纠问型和弹劾型是为了调整合法性与效率性之间矛盾的不同程序。哪一种模式也不能说既对控制犯罪有效，又对保障正当程序有效。例如，要使预审法官遵守规则，如果不对其进行充分的监督，就会在纠问式程序中导入急剧改变犯罪控制与正当程序的平稳的要素。根据戈氏的观点，某种程序具有何种机能，取决于多种因素的相互关系。因此，纠问型＝犯罪控制型；弹劾型＝正当程序型的简单结合，是不能成立的。

四、达马斯卡的职权纠明模式与当事人抗争模式

宾夕法尼亚大学的达马斯卡（M. Damaska）教授，于1973年在该大学法律杂志上发表了题为“有罪判决的证据法制约与刑事程序的两个模式”的长篇论文。该文第一章论述了普通法的陪审制问题，第二章则专门研讨了两个模式论。

达氏认为，“弹劾”与“纠问”的用语，无论在英美还是在大陆，都是在不同的意义上被使用着。在大陆的刑事程序的发展历史上，经历了弹劾程序、纠问程序、混合程序这样三种诉讼模式。弹劾程序指经过罗马帝国崩溃后的黑暗时代到13世纪初叶时期的刑事程序，同时也指现代英国的刑事程序，因此，容易产生混乱。纠问程序指从13世纪到19世纪上半期风靡欧洲大陆的刑事程序。这一程序的特征是，以职权开始诉讼，分为一般纠

问和特别纠问两个诉讼阶段，以自白为中心的法定证据主义、书面主义等。"纠问"一词之所以给人以黑暗感，就是因其宗教裁判、苛刻的实体刑法以及拷问等给人留下的深刻印象。

随着法国大革命发展起来的混合程序，在大陆各国有着各种各样的具体做法，且互有差异，但一般特征，主要有以下几个方面：

首先，在侦查阶段具有纠问的性格。诉讼程序通常由检察官的主张而开始，由作为公平的官吏的预审法官负责证据的收集。与纠问时代所不同的是，证据调查是在当事人出席下进行的，法定证据主义衰退的同时，自白的重要性也随之下降了；被告人没有回答质问的义务；侦查一终结，被告人即获得阅览事件记录的权利；证据在公判前要全部予以展示。

其次，侦查后的程序采取弹劾主义。侦查笔录移送检察官，由其决定是否请求审判。

第三，审判程序公开，并赋予双方当事人出席法庭和进行辩论的机会。侦查阶段收集的证据全都要当庭质证，由职业法官主宰证据调查，故法官的活动非常积极、活跃。审判不作罪责认定程序和量刑程序的划分。

纵观欧洲大陆的历史，可以这样说，混合程序是弹劾程序和纠问程序的中间形态。如果与英美程序相比较，纠问程序和混合程序则都不过是非当事人主义对立程序的发展形态。

达马斯卡指出，弹劾与纠问的用语，常常在狭义上被使用。例如，有学者认为，是否区分事实发现者与追诉者，是弹劾与纠问的区别之一；也有学者认为，是否允许当事人进行防御，也是二者的区别之一。这种认识是无可指责的，但是，如果用这种观点来衡量现代欧洲大陆的诉讼构造，那么，得出的结论只能是大陆程序也是弹劾式的。因此，分析大陆程序与英美程序的区别，显然不能立足于弹劾程序与纠问程序的区别。否则，就不可能辨

明其区别。如果根据大陆学者的观点，超越刑事程序所固有的程序形态的范围，而着眼于民事诉讼的模式，那么，大陆程序与英美程序的区别，才会变得明确。也就是说，应当使用当事人对立模式（adversary model）与非当事人对立模式（non-adversary model）的用语，才能辨明大陆程序与英美程序的区别。

在当事人对立模式中，诉讼在裁断争议的法院面前，是由在原理上平等的双方当事人之间的争议所构成的。程序的目的是围绕是否犯罪的纷争而展开的。因此，控诉与交易是诉讼的基本内容。追诉方的任务就是使受诉方获罪，而被告人的任务则是阻止自己获罪。对被告人进行调查，不能损害当事人平等的原则。法官是监视并促使双方当事人遵守竞争规则，并且最后进行裁决的裁判。这种诉讼基本构造，需要有许多促使对立的双方当事人的活动适当化的技术规则。这种模式未必与英美刑事程序完全一致，但是，英美程序基本上是当事人对立的模式。不过，与其说陪审制、证据展示、公开主义、口头主义等特征是当事人对立程序的本质特征，不如说是事实上附带的特征。

非当事人对立的基本构造，其程序的开始，不是由争议引起的，而是由官员调查犯罪的嫌疑引起的。诉讼目的不是解决争议，而是查明案件的事实。在这种诉讼中，不要求当事人成为独立的行为者，而事实的发现者则成为超然的一方。侦查所获得的资料如被认为具有信用性，则可能被全部利用，尽管被告人的调查也被承认。因此，在这种非当事人对立的诉讼构造中，程序的技术性很低，辩护律师的参与程度也很低。当然，现实的大陆程序与这种模式并不完全一致，但差异只是具体的，而非本质性的。

那么，决定这种模式的意识形态的基础是什么？关于这一点，西方各国并未作具体分析。根据有的学者的主张，非当事人对立模式是将集体主义的理念或者家长式统治（paternalism）

作为前提的，而当事人对立模式则是以自由主义为基础的，是将对国家的不信任并加以制约的自由作为前提的。

达马斯卡认为，在东欧社会主义国家中，论述有关意识形态的文献是不少的。着眼于社会经济背景的差别，可将刑事程序分为社会主义程序与资本主义程序两种类型。但是，社会主义的现实的刑事程序确实与大陆的混合程序是同一形式。不过，如果根据马克思主义者主张，资本主义的诉讼程序分为当事人性和非当事人性程序，不过是一种形式上的分类而已，实质上都是资本主义性质的。社会主义的基本理念是社会优于个人，因而在理念上，个人和社会主义社会之间是不能发生冲突的。即使存在权力滥用，但并不构成程序目的的中核。程序的目的是为了教育，因而对于真实发现的可能性和处罚的正当性问题，不存在怀疑主义。那么，在当今世界，采取哪种诉讼构造更为合理呢？这似乎是不辨自明的。

达马斯卡指出，在美国，常常有人把规定纠问程序的大陆诉讼法称为恶法，而把规定弹劾程序的美国诉讼法称为善法。不过，根据这种善恶二元论并不能指明现代大陆、英美两种诉讼构造的差异。有的学者认为，由当事人提出证据并由当事人进行辩论，这是当事人对立模式的本质。但是，在这一点上两种模式并无实质差异，只是在法官的积极性、当事人提出证据和辩论中的非党派性这点上，两种模式有所不同。

鲁威林教授提出的家长模式和疏远（arm's lenghth）模式，揭示出当事人对立模式与非当事人对立模式的思想背景。他认为，家长模式的思想基础是，犯罪人与社会群体之间是一种协作关系，处于一种“我们”的感情之中。对于官员，没有理由不信任，因为官员具有博爱的情感。对犯罪人进行处罚仅仅是为了使其重新回归社会，刑罚不是为了报应，而是教育的手段。与此相反，疏远模式把犯罪人看作局外人（outsider），对于官员是不信

任的。由这两种理念派生出的程序模式，与当事人对立模式、非当事人对立模式相近。鲁威林认为，作为理想的模式，应是家长模式，不过，这一模式在现实中常常会被滥用，故还是两种模式的结合形态最为妥当。格里费斯的家庭模式、争斗模式是与鲁威林的家长模式、疏远模式非常相近的模式理论。家长模式与家庭模式酷似社会主义刑事程序的基本理念。可以说，鲁威林与格里费斯揭示出了当事人对立模式与非当事人对立模式背后的两种不同的意识形态。

其次，关于帕卡的犯罪控制模式与正当程序模式。达马斯卡认为，犯罪控制模式是重视旨在控制犯罪的程序的效率，选择非司法性程序的模式，流水作业式的程序被引入这一模式；而正当程序模式则是为了最大限度地减少误判，在要求正确认定事实的同时，把个人的价值作为程序的最高追求，并强调必须限制官员的权力的模式，跨栏赛跑式程序被引人这一模式。可以说，犯罪控制模式、正当程序模式与纠问模式、弹劾模式是相对应的。值得注意的是，帕卡把美国当事人对立程序背后的思想作为其研究重点。

达马斯卡认为，帕卡的模式很难说是为了设计刑事程序而设定的两种相对立的理念型。

犯罪控制模式是积极性模式，与此相反，正当程序模式则是消极性模式，两者都不可能独立存在。正当程序模式之所以要求司法性事实认定程序，就是因为这一模式不是为了客观真实的发现，而是把个人权利作为最高价值。然而，如果以此为根据来论述正当程序模式和犯罪控制模式的对立，则极易招致混乱。可以说，帕卡的理论无非是描述了美国刑事程序中的两种倾向而已。不过，这两种理念的调整与程序形态并非没有关系，毫无疑问，当事人对立程序是符合正当程序理念的。因此，最有效的模式理论，还是非当事人对立模式或者“职权纠明”（official inquiry）

模式与当事人对立模式或者“当事人抗争”（party contest）模式的对比论。对帕卡模式学说的批评甚多，例如，认为这一模式在现实的程序描写上显得无力，故对现实不起什么作用，而且发现论的意味较强。再如，认为两个模式是以公判为中心的，而这对于整个刑事程序并不妥当，如对于证据法则就难以作出衡量。很难说，这些批评没有根据。

那么，重视真实发现的程序倾向于哪种模式？达氏认为，虽然有的观点认为哪种模式都以真实发现为目的，故仅从这点看并无差异，但是，比起英美程序，还是大陆的非当事人对立程序更能保障真实的发现。关于这点，在涉猎刑事程序目的问题的法官和学者的论述中都有表现。英美的法律家声称，与其说刑事程序的目的是真实的发现，不如说是纷争的解决。而大陆的法律家则坚信刑事程序的目的就是真实的发现。将程序目的问题与程序构造问题相连结，就自然会得出这样的认识，即当事人抗争模式，其问题的重点，从对事实的认识，转移到了当事人是否遵守解决纠纷的规律性规则这点上。仅因违反程序，一方当事人就可能败诉。与其说判决是真实的宣言，不如说是当事人之间的决定。而职权纠明模式则是以真实的确认为其中心问题的，法官必须努力追求真实的发现。

尽管关于选择程序构造的理念性前提问题，有着种种不同的观点，但是，至少可以说在现代的当事人对立程序的背景下，对官员不信任并要求对其权力加以限制，这是无疑的。因而，为了防止权力的滥用，采用阻碍真实发现的证据法则应予宽容，而纠正刑事程序本身的滥用，也成为一种必然。以程序性理由推翻在认定事实上无误的判决，是不能被否定的。与此相反，在非当事人对立程序中，对官员的不信任是很少有的，以违反程序和技术性规则为借口试图推翻判决，是不能被允许的。回顾历史即可看出，在英国的陪审中，对于证据充分并可能适用重刑的案件，陪

审官仍具有进行无罪评判的权力。这是因为刑事程序并不仅仅被认为是实现实体刑法的程序。而在大陆，除了真实的确认和实体刑法的实现以外，刑事程序的适用没有其他的方向。那么，以真实的发现为最高价值的程序是否真的如同其所追求的那样是达到正确认定事实的程序？其间是大有疑问的，因为动机和动机的实现是两个不同的问题。两种程序究竟哪种更有助于正确地认定事实，这是自上一世纪以来就一直争论不清的问题。看来，在更多地学习行为科学理论之前，这种争论恐怕是不会停止的。

人们向往着既能有利事实发现，又能保障正当程序贯彻的最佳程序，然而，又都无法回避真实发现和人权保障之间的矛盾。

五、达马斯卡的阶层模式与同位模式

1975 年，达马斯卡在耶鲁法学杂志上发表论文，再次论述有关刑事诉讼构造问题，提出了两种权力构造模式，即“阶层模式”(hierarchical model) 和“同位模式”(coordinate model)。

达马斯卡指出，阶层模式的价值观以意思决定的确实性为最高追求，而轻视具体的妥当性。意思决定的确实性，要求有统一的政策和集中的权力，各种权力的行使者不具有独立的权力，行使的只是受委任的权力，而且这种权力的行使受到严格的监视。因此，各官员的职权范围均明确作了规定，上位者具有较大的权力，以审查下位者的决定。为了确保意思决定的确实性，官员的裁量权被加以排斥。而且，为了阶层性的审查，所有决定都必须留下记录。决定必须基于明确的标准，不给有关具体的妥当性的个人判断留有余地。因而，这种决定不是政治性的，而是技术性的作业。官员是有效地适用规范性基准的技术专家，而促使官员履行职责的则是晋升制度。大陆刑事程序的特点是权力集中，政策统一，有关刑事司法的各机关有着严格的阶层秩序，官员以正确地执行严格的规范性命令为志向，重视笔录和卷宗，所有这些

均与阶层模式相符合。

同位模式的思想基础，视办案的最佳效果，为做出适合每一具体案件的各种决定。认为比起意思决定的确实性，具体的妥当性更佳。在这一模式中，丰富的经验受到重视，而对一般化则采取怀疑的态度。虽然也不得不考虑某种阶层的确立，但尽可能不那么严明，上位者与下位者的地位并未明确地加以区分。而且，即使在官员作为一个整体的场合，也未使各个官员丧失其独立性。意思决定并非没有基准，只是没有阶层模式那样严格。个人常常被作为独立的机关而被授权做出重大的决定。而且，也不那么重视案件的记录。一般说来，同位模式是官僚制并不发达的诉讼模式。因此，期待官员所做到的，不是规范命令的技术性适用，而是根据决定者的政治、伦理的价值观，对社会性问题给予最佳的解决。职业训练和徒弟制被拘于最小的限度之中，作为官员的候补者，当然是那些可望在社会上有所成就的人。达马斯卡认为，英美现行刑事程序有以下几个特点：（1）离心性的意思决定；（2）缓和的权力秩序；（3）对柔软规则的选择；（4）非形式性的秩序。在英美，理想的官员不是职业性的专家，而是贤明的问题解决者。因而，英美的诉讼模式与同位模式是同一性质的。

其次，达马斯卡论述了同位模式、阶层模式与当事人对立模式、非当事人对立模式之间的关系。

关于公判中法官的地位问题。在此问题上的矛盾，是再明显不过的。即具有较强自律性权能的英美法官在当事人对立程序中，扮演着比较被动的裁判员的角色，而自律性较弱的大陆法官在非当事人对立程序中，则发挥着比较积极的作用。不过，需要注意的是，即使在英美，法官的消极也仅仅表现在公判中审判对象的设立和罪责存否的立证活动上，而在公判中听取控辩、非公开调查、量刑程序等问题上，同样发挥着积极的作用。相反，大陆的法官，虽然确实在公判中非常积极，但其活动和决定将受到

上级的审查，而且还将受到规则及惯行做法的拘束。仅从在规范性拘束中获得独立这点上看，大陆的法官远比不上英美的法官。

在把同位模式、阶层模式与当事人对立模式、非当事人对立模式相对应时，还有一个不能回避的矛盾问题就是，同位模式中的官员具有不受严格的法律基准约束的自由，而在英美当事人对立程序中，却有复杂的证据法和程序法，技术性非常强。但是，阶层模式着眼于稳定性和统一性的意思决定，如果没有命令，意思决定就不能达成，且命令包含着一定程度的抽象性。另一方面，在同位模式中，虽然规范性的命令比较缓和，但在法律中，则必须忍受相当的复杂性。再者，法官的自律性较强，一旦难以做出决定，为达到正确判决的程序问题，就显得非常重要了。相反，在阶层模式中，由于全部决定将受到再审查，故预防性的规则不予强调。因此，比起阶层模式，同位模式便产生了复杂的程序法。但是，即使这样说，也并不意味着同位模式的官员的自由受到了制约。因为对此问题，要看官吏究竟对程序和证据规则采取什么态度。在同位模式中，规则可以被合法地无视，而且对这种做法的审查在相当程度上被限制着。

阶层模式中的法官把自己视为技术专家，同位模式中的法官把自己看作一般性问题的解决者，这并不是不可思议的。同位模式重视各个案件的个性，预先了解判决的基准则不太受重视；而阶层模式则不重视各个案件的个性，热衷于预先了解判决的基准。

再次，达马斯卡分析了刑事程序构造与政治性的意识形态的关系。他认为，把“争斗模式”与“家庭模式”套用在英美程序与大陆程序上，是不妥当的。从现代的观点看，被告人与官员的关系无论如何也不能被说成是“爱”的关系。因此，将古典的英国自由主义与大陆诸国占支配地位的意识形态加以比较研究，是非常有益的。

依照英国古典自由主义的思考方式，政府不过仅仅是利益发生对立或纷争时的调解人而已。“被限制的政府”这种观念的背景是，有关人的问题的怀疑主义，不管人有多么奇特和无聊，每个人都有权选择个人的人生。因而国家的权力不能够集中，而必须分散。达到这一目的的方策之一，就是对同一水准的独立的主体进行权力分配，设计出制约与平衡（check and balance）的水平分散方式。另一方策则是地方分权，即阶段性、垂直性地分散权力的方式。虽然，这种极力排除国家干涉的古典自由主义在今天是否被确实坚持是有疑问的，但不管怎样，自由对古典自由主义来说，其含义主要是来自国家的自由。

过去，大陆的纠问法官掌握着所有的权力，从十九世纪的刑事程序改革以后，追诉机关和审判机关就分离了。但是，与英美程序不同的大陆程序，并没有发生比这更大的变化。依照大陆占支配地位的思考方式，缩小并限制法官的权限，是不能被允许的。与此相反，将抗辩的提出等全部辩护活动都委于被告人方，将有罪判决决定的机能委于陪审的英美程序中的法官职能，确实与来自古典自由主义立场的理想国家的职能是同种的，即国家也好，法官也好，都是社会纷争的仲裁者而已。法官不受事后审查的自律性权能，是权力垂直性分散的表现。

古典自由主义的表现，不仅如此。在英美，连控告、陪审裁判的放弃等审理方式都与被告人的意思决定有关。而在大陆，根据预先订立的规则，审理方式也被决定。从英国输入的陪审制，在大陆很快就衰退了，而即使在这一制度存在的时候，陪审所审理的案件也被法律预先规定了。再者，英美的被告人没有辩护人也有权出庭辩护，而大陆在一定的重大案件中必须有辩护人的参与。对于违法收集证据的排除，在大陆一般也是消极的。排除违法收集的证据，是官员的义务，即使被告人同意，这种证据也不能使用。

大陆的法律家们认为，在英美刑事程序中赋予被告人那种程度的决定权，反而可能损害被告人的利益，从而导致错误的裁判。从十九世纪功利主义时代所主张的古典自由主义的立场来看，这种非议似乎缺乏根据且过于武断了。

那么，这种对"权力"的态度的差异，是从何而来的呢？达马斯卡认为，这种差异来自于英国与大陆政治制度发展的不同，特别是封建制度发展和崩溃的不同。

在封建领主支配下的大陆，地方分权对国家的统一不利。故国家的支配者派遣官吏在地方建立中央集权性的官僚机构，以作为中央权力机关的代理机关。这种中央集权，带来了秩序和安定，就连反对绝对主义的进步派，也不得不承认其必要性。例如，法国大革命，在打破旧制度后，中央集权的支配形态不仅没有被破坏，反而扩大了。在大陆人对权力的态度的背景下，人人须适应强有力的中央集权。在大陆思想家中，极少有坚持全面否定国家的干涉立场的。在大陆，与其说自由来自于个人对国家的独立，不如说来自国家的施舍，因而个人便有了积极参与国家事务的要求。即使有人向往没有国家的未来，其目标也不是个人主义性的社会。总之，人在本质上是被作为一种社会存在的。

英国的历史则与大陆截然不同。在那里，由于多次战争，地方的望族消失了，诺曼底王朝把封建封臣带入英国，因不承认其封臣的土地所有权，故未能产生强有力的地方权力中枢。再者，由于国土狭窄，中央权力很容易支配全国，因而国王没有必要建立作为与地方政府联络的中央集权性的官僚机构。而且，即使国王权力非常强大，仍然还是形成了君主立宪制。中产阶级对封建制的斗争，使其在国会取得了优势，因而也就始终没有出现法兰西式的剧烈变革。这种平稳的社会变革，保存了贵族支配的旧的方式，妨碍了近代官僚制的发达，故贵族的地方分权式的支配，一直延续到十九世纪。英国的行政改革时代，也是自由贸易的时

代，因而也未建立有力的中央集权制度。在刑事司法的领域，其程序理念有着符合个人主义与被限制的政府的旧时代风潮的一面。这种古典自由主义式的民族精神被移植到美国，并得到丰富和发展。当然，在如今的英美，古典自由主义的许多内容与新的现实存在着诸多冲突，但并未出现能够取代古典自由主义并居于支配地位的新的社会思想。

总之，英美和大陆采取不同的刑事诉讼构造，是由二者具有不同的政治性意识形态所决定的。

六、美国模式学说的属性及评价

本章对美国学者诉讼模式学说的介绍，尚属刑诉构造论的基础理论部分。为了防止我们的论述不合逻辑地提前进入对刑诉构造基本类型的研讨、评价以及对我国刑诉构造的本然性和应然性的研究之中，这里仅从构造论基础理论的角度，探讨美国模式学说的属性问题，并对这些学说进行概括性的评价。至于模式学说中所涉及的刑诉构造基本类型分类与区别、对各基本类型的评价以及刑诉目的与构造等问题，拟在以下各章中分别阐述。

如前章所述，刑诉构造就是刑诉中控、辩、裁三方的法律地位和相互关系，而以刑诉构造为研究对象的理论，也就是刑诉构造论。因而，考察一种刑诉学说是否刑诉构造论，其标准就是看它是否以刑诉中的控、辩、裁三方的法律地位和相互关系为研究对象。另外，刑诉构造的基本类型是刑诉构造论的基本研究课题，因此可以说，凡是把弹劾式、纠问式、混合式以及职权主义和当事人主义作为研究课题的理论或学说，要么是属于刑诉构造论的范畴，要么便是带着刑诉构造论的色彩。由此可见，辨别是否刑诉构造论的标准，是立足于内容的，而辨别是否构造论的根据（是否把构造类型作为研究课题），则是着眼于形式的。后者能使我们进行直接性的判断，而前者则要求我们进行间接性的思

考。根据由表及里的认识事物的步骤，我们应当将二者结合起来，以求准确地加以评断。

首先，我们以是否将刑诉构造的基本类型作为研究课题为辨别的根据，进行直接性的判断。

在美国学者们的各种模式学说中，戈德斯坦的纠问模式与弹劾模式学说和达马斯卡的职权纠明模式与当事人抗争模式学说，都明确地将刑诉构造的基本类型（纠问式与弹劾式、职权主义与当事人主义）作为其研究课题，而且学说的内容亦围绕这一课题展开，故完全可以肯定这就是刑诉构造论。达马斯卡的阶层模式与同位模式学说，旨在探讨决定大陆职权主义与英美当事人主义诉讼构造的国家专门机关及官员的权力结构形式。可以说，这一模式学说是达氏在其先前的职权纠明模式与当事人抗争模式学说的基础上，对刑诉构造的基本类型之——职权主义与当事人主义的进一步深入研究，故也属于刑诉构造论。

戈德斯坦的学说作为刑诉构造论，其理论价值是非常有限的。这是因为，第一，他的理论基本停留在对刑诉构造基本类型的概括性研究上，许多重大理论问题均未涉及；第二，他虽然概括了纠问式与弹劾式的主要特征，但却未能探讨区分二者的主要标准；第三，他虽然指出纠问式、弹劾式与大陆型刑事程序、英美型刑事程序有所不同，但却简单地认为有相似之处，未能准确地指明纠问式与职权主义、弹劾式与当事人主义之间实际存在的不同。

达马斯卡的职权纠明模式与当事人抗争模式学说对刑诉构造论的贡献是戈德斯坦学说所无法比拟的，这主要表现在以下三个方面。第一，关于刑诉构造基本类型的研究。达氏不仅准确地概括了弹劾式、纠问式和混合式诉讼构造的含义，而且通过阐明职权纠明模式（职权主义）与当事人抗争模式（当事人主义）的主要特征，从而为我们划清纠问式、弹劾式与职权主义、当事人主

义之间的界限，澄清在此问题上的理论混乱指出了正确的方向。第二，关于决定刑诉构造的意识形态基础问题的探讨。达氏不仅分析了决定社会主义与资本主义刑诉构造的意识形态问题，而且通过评价鲁威林的家长模式与疏远模式学说，揭示了职权主义与当事人主义诉讼构造背后的两种不同的意识形态，为我们深入研究刑诉构造开阔了眼界，拓宽了思路。第三，关于对帕卡学说的评价问题。美国学者谈起模式无不言及帕卡，但唯有达氏的评价接近客观和公正。达氏认为，帕卡所述两个模式是作为当事人主义类型的美国刑诉构造在理念上和在实际运作中的两种倾向。这一结论使我们在刑诉构造类型与帕卡两个模式之间的关系这一重大而复杂的问题面前，找到了正确的认识角度。第四，关于刑诉构造与刑诉目的。达氏论述了职权主义与当事人主义诉讼构造在保障真实的发现和正当程序的实现上的倾向，对我们研究刑诉构造与刑诉目的的关系问题是颇有启发的。

至于达马斯卡的阶层模式与同位模式学说，则是他深入研究现代刑诉构造类型的重要理论成果。达氏这一学说的结论——职权主义与阶层模式相符合，当事人主义与同位模式同性质，在意识形态和刑诉目的之外，探究出了决定职权主义与当事人主义不同的又一个重要因素——权力结构形式的不同。虽然，本书鉴于种种因素，不准备专门阐述刑诉构造背后的意识形态和权力结构形式的问题，但是，达氏的学说令我们看到我国刑诉构造与阶层模式确有不少相似之处，而这对于我们研究我国刑诉构造的现状和完善无疑是非常有益的。

其次，我们以是否将控、辩、裁三方的法律地位和相互关系作为研究对象为标准，进行间接性的思考。

帕卡的犯罪控制模式与正当程序模式学说和格里费斯的争斗模式与家庭模式学说，均未正面研究刑诉构造的基本类型问题，但是，如果从这两个学说的研究对象来看，我们就不得不说，这

两个学说尽管不是严格意义上的刑诉构造论，但却带着浓厚的刑诉构造论的色彩。

先看看帕卡的学说。

第一，帕卡的学说是对作为当事人主义的美国刑诉构造在理念上和在实际运作中的两种倾向的研究，美国的刑诉构造是其研究的领域。以英、美为代表的普通法系国家的刑诉构造属于当事人主义，以德、法为代表的大陆法系国家的刑诉构造为职权主义。不过，这并不意味着属于一种刑诉构造类型的国家，就单一地保持一种构造类型而绝对地排斥与之相对立的其他构造类型。其实，在任何国家都现实地存在着两种构造类型的对立倾向，说一个国家属于职权主义或当事人主义类型，不过是因为某一类型在该国刑诉的理念和实践中占据着统治地位罢了。一般刑诉构造论总是从宏观上研究刑诉构造各种类型的特征、区别以及形成的各种因素等，而帕卡的学说则从微观上考察存在于美国刑诉理念和司法实务中的两种刑诉构造类型的对立倾向。帕卡把这种对立概括为犯罪控制模式与正当程序模式的对立，实际上也就是职权主义与当事人主义的对立。因此，可以说帕卡学说的研究领域是美国的刑诉构造。

第二，帕卡的全部理论均是围绕刑诉中的控、辩、裁三方的法律地位和相互关系展开的，尤其是将控辩关系作为整个理论的轴心。帕卡所述犯罪控制模式，实际上也就是控诉方对惩罚犯罪的诉讼目的的追求和对职权主义的诉讼构造的偏爱，而正当程序模式也正是辩护方对保障人权的诉讼目的的追求和对当事人主义的诉讼构造的偏爱；犯罪控制模式与正当程序模式对作为公正、公平化身的法官的维护和排斥，则表明在不同的诉讼目的观和构造观中，法官具有着不同的法律地位，与控辩双方有着不同的法律关系。帕卡学说始终关注控、辩、裁三方，而不过问其他诉讼参与人，这一点证明，帕卡学说的研究对象与刑诉构造论是基本

相同的。

第三，帕卡学说研究了许多刑诉构造论理应研究的问题。例如，关于侦查程序中警察的权限（逮捕权、询问权、拘禁权），辩护律师参与侦查程序、保释制度、非法收取的口供和非法搜查、扣押所获证据的排除等问题，起诉程序中检察官的起诉决定权等问题，帕卡均具体而详细地阐述了两个对立模式的不同主张，而这些问题正是刑诉构造论理应重视和研究的问题，这又表明了帕卡学说与刑诉构造论的密切关系。

第四，帕卡模式学说诱发了其他模式学说的兴起，而后者多数是具有刑诉构造论性质的学说，如上文所述具有代表性的戈德斯坦和达马斯卡的学说。倘若帕卡的学说没有那么多有关刑诉构造论的启示，也就难以拥有这种诱发作用。

第五，透过帕卡所述犯罪控制模式与正当程序模式在美国刑诉各主要程序中和各重要问题上的种种对立，我们可以清楚地看到，犯罪控制模式的一系列有关刑诉构造的规定、主张，与我国有关刑诉构造的现行刑诉法规定、刑诉法精神和观念以及实际做法都非常相似；而正当程序模式的一系列主张，又与我国少数学者有关刑诉构造变革的大胆建议十分相近。尽管帕卡所说的模式竞争与模式选择等术语的确切含义，我国学者也许还感到陌生，但是帕卡所详细阐述的两个模式的具体对立，则会使人们自然而然地想到我国刑诉构造的问题。由此，许多悟不到的问题顿悟了，许多不明白的问题明白了。帕卡学说对我们的这种“诱导”作用，也从侧面证明其在刑诉构造领域的理论价值。

以上种种，均体现出帕卡学说的刑诉构造论倾向。不过，这并不表明，这一学说就是刑诉构造论。帕卡学说不关心刑诉构造论的基本理论，囿于美国的模式主张和司法实务，把诉讼目的问题与诉讼构造问题混为一谈，对某些与刑诉构造论无关的问题也同样热心，又反映出这一学说的非刑诉构造论的一面。因而，我

们说帕卡学说是带着浓厚的刑诉构造论色彩，而非严格意义上的构造论。当然，这并不影响我们把这一学说作为现代刑诉构造论中的重要理论来研究，甚至可以说，作为严格的刑诉构造论的达马斯卡的两种模式学说，是无法与帕卡学说的博大精深相比的。

最后来看看格里费斯的学说。

格氏厌恶警察和检察官、被告人和辩护律师以及法官这三方之间的"斗"，而向往这三方之间的"爱"，从其鞭挞现实中的和讴歌理想中的控、辩、裁三方的法律地位和相互关系来看，其学说也包含着某些刑诉构造论的因素。然而，格氏学说除了关注刑诉中的这三方之外，其他所有刑诉构造论的理论问题概不过问。因此，如果说帕卡学说的主要成份是刑诉构造论的话，那么格氏学说的主要成份就是刑诉目的论；帕卡学说对于我们研究整个刑诉构造与目的论无疑都有着重要的指导意义，而格氏学说对于我们探讨构造论中的诉讼目的问题自然也有着某种启发作用。

毛泽东的"一分为二"，为人们提供了分析问题的要领；而张闻天的"一分为三"，则为人们奉献了处置行为的秘诀。

人类从古到今的刑诉构造的各种类型，都有其正负两面——这是"一分为二"的结论。

如果说当今欧洲大陆构造为"左"，英美构造为"右"，日本构造为"中"，那么我们当然应该以"中"为"美"——这是"一分为三"的选择。

第三章　刑诉构造的基本类型及评价

一、对刑诉构造分类理论及构造类型区别的考察

刑诉构造的基本类型问题是构造论的重要理论问题，涉猎构造问题的国内外学者无不将其作为研究重点。这一问题的研究对象应当主要是：世界刑诉史上主要的构造类型，当代世界主要的构造类型。研究目的应当是通过考察和比较，确定正确的构造分类，阐明各个构造类型的特点及区别、鉴别不同构造类型的优劣，探索人类刑诉构造的发展规律。

我们知道，客观事物有着多方面的属性，事物之间又有着多方面的联系。因此，要对事物进行分类，必须遵循分类方法的基本规则，即每一种分类必须根据同一个标准进行，也就是根据对象本身的某种属性或关系进行。在研究刑诉构造的概念时，笔者已指出，刑诉构造的特有属性就是控、辩、裁三方在刑事诉讼中的法律地位和相互关系。因此，在这里首先必须明确、刑诉构造

的分类标准是控、辩、裁三方的地位和关系。偏离了这一标准，或另以其他标准对构造进行分类，不仅会在分类问题上造成理论混乱，而且会动摇刑诉构造论据以存在的理论基础。

国内外学者们已经对构造分类问题进行了许多研究，因而在具体阐述不同构造类型之前，有必要以上述分类标准为依据，首先对学者们的分类理论和构造类型的含义及其区别进行考察。这种考察的目的在于对构造分类的框架、层次有一个理论性的认识，以便于随后以此为指导，对各个不同构造类型的特点进行具体和实际的考察。

国内外学者们在概括历史上和当今的刑诉构造类型时，用了许多概念。粗略统计，主要有这些：实体真实型、适当程序型；犯罪控制模式、正当程序模式；职权主义（干涉主义）、当事人主义（辩论主义）；弹劾式（控告式）、纠问式（审问式）、混合式；对抗式、非对抗式；争斗模式、家庭模式；阶层模式、同位模式；权力行使型、权力抑制型。在这里，笔者将以这些概念为线索，考察这些分类是否准确，同时探讨正确划分的各个类型的含义及其区别。现依上述概念的排列顺序，分为六组进行辨析。

（一）实体真实型、适当程序型；犯罪控制模式、正当程序模式

实体真实主义型和适当法律程序型是日本有些学者所使用的概念；犯罪控制模式和正当程序模式是美国学者帕卡的主张。

本世纪六十年代初的美国“正当法律程序革命”给日本的刑诉法学带来了深刻的影响。从这时起，日本学者开始使用实体真实主义与适当法律程序的概念。学者们用实体真实型来概括欧洲大陆国家型诉讼构造，用适当程序型来概括英美国家型诉讼构造。前者是旨在发现案件真实，从而惩罚犯罪的诉讼构造；后者是旨在遵守法律程序，从而保护被告人权利的诉讼构造。但是，在昭和38年（1963年），平场安治博士对此观念提出了反对。他在

日本刑法学会编辑的"刑事诉讼法讲座"第一卷中发表的题为"实体真实主义与当事人主义"的论文中指出:"实体真实主义是关于刑事诉讼目的的原理,当事人主义是作为达到这一目的的有关诉讼构造的原理。"[①] 从而在日本刑诉法学中奠定了这样的理论基础,实体真实主义与适当法律程序是关于诉讼目的的概念,当事人主义与职权主义是关于诉讼构造的概念。此后至今,日本多数学者一直沿袭这种观念。不过,仍有学者在诉讼构造问题上,使用实体真实主义与适当法律程序的概念。例如,松尾浩也教授仍然用实体真实型与适当程序型来概括两种不同的诉讼构造(大陆型与英美型)。[②] 他在昭和 47 年(1972 年)指出,用职权主义与当事人主义的概念来区分两种不同的诉讼构造,仅仅是一种表层的区分,而运用实体真实主义和适当法律程序来区分,则才是一种深层(亦即实质)的区分。因为职权主义的诉讼构造实质上就是为了通过行使职权而发现真实,从而便于惩罚,而当事人主义的诉讼构造则是基于人权保障的思想,通过法律程序赋予当事人平等的诉讼地位,以保证刑诉活动的准确与公正。因此,当事人主义的诉讼构造也可称为适当法律程序模式,而职权主义的诉讼构造,也可称为实体真实主义模式。[③] 对此观念,是多有批评的。例如,铃木茂嗣就指出,把作为诉讼目的范畴的实体真实主义与适当法律程序同作为诉讼构造范畴的职权主义与当事人主义混为一谈,是不正确的。固然,二者是有着密切的关系,但并不能够加以等同。实体真实主义确实易于与职权主义相结合,但适当法律程序与当事人主义则并不是同一概念。一方面,当事人主

①平场安治《实体真实主义与当事人主义》刑事诉讼法讲座第一卷(昭和38年)第4页。

②参见松尾浩也论文集《刑事诉讼的原理》"刑事诉讼的两种模式"一章。

③松尾浩也论文集《刑事诉讼的原理》第47页。

义可作为适当法律程序的主要内容，而另一方面，当事人主义也是有限度的，作为它的修正和补充的职权主义也应包含在适当法律程序之中。也就是说，一种法律程序是否适当，虽然应以是否贯彻当事人主义为主要标准来衡量，但同时也应把职权主义作为补充标准来衡量。适当法律程序并不完全排除必要的职权主义的内容。①

笔者认为，在使用概念上，平场安治博士和铃木茂嗣教授是正确的。实体真实主义与适当法律程序用于论述诉讼目的问题是可以的，由此可以透视一种诉讼制度的追求。以查明案件真相为目的，把程序上是否违法放在第二位，是实体真实主义的要求；以遵守法律程序为目的，通过法律程序严格证明案件真相，并排除一切违反程序的证据，则是适当法律程序的要求。但把这两个概念直接用于概括诉讼构造，则是不妥的。铃木茂嗣教授所指出的适当法律程序以当事人主义为主，以职权主义为辅，是有一定道理的。笔者以为把作为目的的概念用于作为手段的构造问题上，不仅导致了两种不同问题的混淆，更重要的是脱离了诉讼构造的基础理论，这势必在概括诉讼构造的类型时不明确、不准确。诉讼构造的分类标准是控、辩、裁三方的法律地位和相互关系。而用实体真实型和适当程序型分别来概括大陆型和英美型的诉讼构造，并不能直接表明大陆和英美型诉讼构造在控、辩、裁三方的诉讼地位和诉讼关系上的特点和差异。从实体真实型中，是能推论出职权主义的因素，而从适当程序型中并不能仅仅推论出当事人主义，铃木教授就同时推论出职权主义。因而，这种概括显然无法正确区分不同的诉讼构造类型。只有职权主义和当事人主义的概念，才能通过考察是以法院、侦查机关、检察机关的

① 参见铃木茂嗣《刑诉基础理论与当事人主义》，日本《法律时报》46卷6号，206页。

职权追诉为主构成诉讼构造，还是以当事人（被告方和追诉方）的平等诉讼活动为主构成诉讼构造，从而区分不同的诉讼类型。

犯罪控制模式与适当程序模式是美国学者帕卡在概括美国的诉讼构造上所使用的概念。这两种诉讼模式的学说在世界上影响较大，为各国学者所重视和研究。所谓犯罪控制模式，是指诉讼活动旨在证明犯罪，惩罚犯罪，从而保护社会的诉讼构造；所谓正当程序模式，是指诉讼活动旨在遵从诉讼程序，严格依法证明犯罪的有无和轻重，从而保障人权的诉讼构造。至于帕卡所述两个对立模式的具体内容，本书已在第二章详细介绍，故这里不再赘述。

美国和其他国家的有些学者接受了帕卡的学说，但多数学者持反对观点。例如，美国学者戈德斯坦就指出，帕卡所说的犯罪控制和正当程序用于概括诉讼模式和诉讼构造，并不妥当。其实，这两个对立概念只能用于概括诉讼目的。因为，是以控制犯罪为主，还是以遵守正当程序为主，都是在说诉讼活动所想要达到的目标。[1] 再如，日本的铃木茂嗣也认为："帕卡的两个模式论，与其说是本来的程序形态的模式，勿宁说是程序的机能或决定程序的价值理念的模式。"[2] 仅从概念的使用上来看，可以说这种批判是正确的。

由此可见，日本学者在诉讼构造上使用实体真实与适当程序的概念，是深受了帕卡学说的影响。诉讼构造问题属形式问题，而诉讼目的则属于内容问题，二者应当有明确的界限。

---

①参见戈德斯坦论文《美国刑事诉讼中调查理论的两种模式研究》，斯坦福大学法学评论 26 期 1009 页（1974 年）

②铃木茂嗣论文"刑事诉讼的模式论——以美国的争论为中心"，《犯罪与不良行为》第 31 号，1977 年版。

(二) 职权主义与当事人主义

职权主义，又称干涉主义、审问主义，与当事人主义相对，是指国家专门机关（警察机关、检察机关、法院等）依据职权，进行侦查、起诉、审判，并决定证据的收集、审查和运用，被告人在诉讼中没有与追诉方相应的诉讼权利，只能在服从专门机关的职权的前提下，进行有限的诉讼活动。职权主义通常被用来概括大陆法系国家的刑诉构造。

当事人主义，又称辩论主义，是指在诉讼中，当事人双方权利平等，地位对等，各种程序的开始和进行，证据的收集、提出、审查、运用，均以当事人为主，法官只起公断人的作用。当事人主义通常被用来概括英美法系国家的刑诉构造。因为，在英美的刑诉中，无论公诉或自诉案件，控诉和被诉双方均为平等的诉讼当事人，决定案件的开始和进行，是双方当事人的权利，而不是法官的职责。法官注意的是当事人提出的事实方面的证据和法律方面的证据是否恰当。对证据真实性的审查和对证人的查问，由双方当事人进行，法官仅在一方当事人对他方当事人提出的证据有异议时，才出面干预。辩论结束后，法官以第三者的姿态作出裁判。

依据构造分类的标准，可以肯定地得出结论：用职权主义与当事人主义来分别概括大陆法系国家和英美法系国家的不同的诉讼构造类型，是学者们正确的分类理论。职权主义直接反映出警察、检察和审判机关处于优势的诉讼地位和被告人及其辩护人处于劣势的诉讼地位，同时也表明控方与辩方不平等、裁方倾向于控方的这样一种诉讼关系。当事人主义则直接反映出警察、检察官与被告人及其辩护人的平等的诉讼地位，在诉讼中的主导作用，以及法官的消极地位，同时也表明控方与辩方相对，裁方居中的这样一种诉讼关系。当然，也应当看到，职权主义与当事人主义是诉讼构造论对当代诉讼构造的概括性的理论分类，在当代

各主要国家，并不存在完全彻底的职权主义或当事人主义的诉讼构造。采取职权主义构造的国家现已或多或少掺有当事人主义的若干因素；而采取当事人主义构造的国家也或多或少交织着某些职权主义的色彩。这是人类刑事诉讼构造发展的自然规律，同时也是职权主义国家与当事人主义国家法律文化交流，互相吸收对方之长，补己之短的结果。但是，这两种诉讼构造的分类，并没有因此失去存在的价值。因为，在英美法系和大陆法系国家，虽然因为互相吸收，原有的一些构造类型上的差别消失了，但各自的主要特点却并没有改变。而且，两种构造基于各自的传统，又产生了一些足以进一步区分二者的新的特点（例如，美国七十年代正式被法律确认的罪状认否程序，六十年代通过一系列判例确立的证据排除法则等）。所以，现在不仅仍然能够以职权主义与当事人主义来认识大陆法系国家和英美法系国家的诉讼构造的不同特点，而且能够以此考察其他进入文明社会的国家在诉讼构造上的属性。通过这种考察，能够并不勉强地区分出是属于职权主义，还是属于当事人主义，或者是属于以职权主义为主，当事人主义为辅，还是属于以当事人主义为主，以职权主义为辅。而不会得出既不属于职权主义，也不属于当事人主义，或者职权主义与当事人主义结合到无法鉴别以何为主的结论。因此，在认识我国的刑诉构造类型时，也应当以此种分类为基础。当然，对于尚未进入文明社会的国家的诉讼构造，如果以此种分类来考察则可能不合适，也许用历史上存在过的弹劾式或者纠问式来考察，方才更能反映出其特点。

另外，国内外学者们普遍认为，在当代，除了上述两大构造类型为典型的构造类型外，日本的刑诉构造也为典型的构造类型。这是因为，日本采取了一种与两大构造不同的特殊的构造类型，即以当事人主义为主，以职权主义为辅的诉讼构造。在此其中，当事人主义与职权主义达到了一种其他国家所没有的有机结

合。因此，构造类型理论应当把日本诉讼构造作为一种典型的类型来专门研究。

(三) 弹劾式、纠问式、混合式

弹劾式，又称控告式，或称弹劾主义，是人类刑事诉讼制度史上的第一种诉讼构造，主要在欧洲奴隶制民主共和国和封建初期的一些国家实行。纠问式，又称审问式，或称纠问主义，是继弹劾式之后出现的一种诉讼构造，从十三世纪到十九世纪上半叶盛行在除英国以外的欧洲国家。混合式是法国资产阶级大革命以后，欧洲大陆实行的诉讼构造。

在不少人的观念中，纠问式、弹劾式与职权主义、当事人主义常被混为一谈。即认为所谓纠问式也就是职权主义诉讼构造，所谓弹劾式也就是当事人主义诉讼构造。例如，高校法学教材《刑事诉讼法教程》就认为："大陆法系国家审理案件，强调法官职权主义原则，采取'纠问式'程序……。"① 在这里职权主义与纠问式的含义似乎相同，没有什么实质性的差异。其实，基于严格的诉讼构造理论来看，上述概念之间是有区别的，混同他们必然在认识诉讼构造问题上发生一系列的混乱。因此，考察纠问主义与弹劾主义的区别，从而一方面认识纠问主义与职权主义，弹劾主义与当事人主义的区别，另一方面确定混合式的归属，便显得非常必要了。

区分纠问主义与弹劾主义，可以根据三个基准：

第一，以发动诉讼的主体是谁为标准来区分。如果诉讼是以法院或审判者自行发动为原则的，属纠问主义。简单地说就是，如果法院或审判者不经除自身以外的人起诉便直接审判案件，即是纠问式的诉讼构造。相反，如果以有法院或审判者以外的人请求方开始审判为原则的，则属弹劾主义。此种诉讼构造的起诉方

①高校法学教材《刑事诉讼法教程》(修订本) 第274页，群众出版社。

式又可分为：被害人及其家属提起刑事诉讼的"被害人起诉主义"；社会任何公民均可提起刑事诉讼的"公众起诉主义"。

第二，以参与诉讼的主体数为标准来区分。如果仅有法院或审判者与被告便可开始审判，则属纠问主义。反之，如果必须有法院或审判者、起诉者与被告三方参加才能进行诉讼，则属弹劾主义。

第三，以诉讼的主角是谁为标准来区分。如果法院或审判者为诉讼主角，则属纠问主义。相反，如果双方当事人为诉讼主角，则属弹劾主义。

根据职权主义与当事人主义的区别，比照上述纠问主义与弹劾主义的区分标准，我们可以看出，虽然当事人主义在形式上与弹劾主义有相似之处，但职权主义却未必以纠问主义为基础。在上述三个标准中，第一点中的弹劾主义与当事人主义有相似之处，即当事人主义也采取以法院或审判者以外的个人请求才能开始审判的原则，但主要是采取法院以外的起诉机关起诉的原则。职权主义在此点上也是如此，即与弹劾主义相似，而不同于纠问主义。关于第二点，当事人主义和职权主义均与弹劾主义相同，而与纠问主义不同，即都是必须有审判者、起诉者和被告三方参加才能进行诉讼。关于第三点，当事人主义与弹劾主义相似，双方当事人为诉讼的主角；而职权主义则与纠问主义相似，以审判者为诉讼的主角。

由此可见，当事人主义虽然是以弹劾主义为基础发展起来的，但其内容要比弹劾主义丰富得多（这一点将在以后的阐述中充分反映出来）。因此，把现代英美的当事人主义与欧洲奴隶制共和国时期的弹劾主义简单地等同，显然是不正确的。职权主义与纠问主义有相似之处，而同时又有着与弹劾主义的相似，因此，把现代欧洲大陆的职权主义与欧洲中世纪的纠问主义简单地混同，也显然是错误的。当然，在现代采取职权主义诉讼构造的

国家的刑诉中，可能会残存某些纠问主义的东西，将其称为纠问因素或纠问色彩则是没有错的。

关于混合式。学者们对混合式的含义和范围的理解有狭义与广义之分。《中国大百科全书》法学卷采取狭义理解："法、德等大陆法系国家的刑事诉讼程序，则是在批判地继承中世纪纠问式诉讼程序的基础上，吸收英国的辩论诉讼程序形成，称为职权主义诉讼程序，或称混合式诉讼程序。"[1] 即认为混合式也就是职权主义。《刑事法学大词典》采取广义理解，认为混合式是指："自资产阶级革命时期以来逐步形成的以控诉式诉讼形式或者以纠问式诉讼形式为基础发展成的现代诉讼形式的统称。""由于各国历史传统不同，形成了不同风格的混合式诉讼形式，因此对混合式诉讼应详细划分。其主要表现有：大陆法系的职权主义以及英美法系的当事人主义。日本集前者的特点，其诉讼形式侧重当事人主义而保留职权主义的某些方面。"[2] 另外，高校文科教材《外国刑事诉讼法学》也采取广义的理解，认为"混合式诉讼是当代两大法系都采用的一种诉讼形式。它是在批判、继承弹劾式诉讼和纠问式诉讼的基础上产生的"。分为"西欧大陆法系的混合式诉讼，英美法系的混合式诉讼，日本的混合式诉讼"三种类型。[3]

笔者认为，既然持狭义和广义理解的观点都认为混合式是指弹劾式与纠问式的混合，那么，混合式就应当特指法国大革命后的欧洲近代所采取的刑诉构造。理由如下：第一，欧洲十八世纪以后的诉讼构造，在侦查程序中保留了纠问式的特点，在审判程序中混入了弹劾式的成份，是典型的混合式。其历史背景是法国大革命后的初期，为了否定封建的纠问式，曾试图全盘"弹劾

①见《中国大百科全书》(法学)"诉讼程序"之词条。

②见《刑事法学大词典》"混合式诉讼"之词条，延边大学出版社。

③高校文科教材《外国刑事诉讼法学》第53—54页，北京大学出版社。

化”，但法国的现实证明照搬英国的诉讼构造是不符合其国情的，故采取了混合式，并通过1808年的刑事诉讼法加以定型化。第二，现代大陆法系国家的诉讼构造是在原有混合式的基础上发展起来的，是以职权主义为主要特征的。它已经和正在吸收英美法系的诉讼构造的因素，但不是弹劾式的因素，而是当事人主义的因素。例如，律师介入侦查程序，实行有限制的起诉便宜主义等，都是当事人主义的特点，所以不能把现代欧洲的诉讼构造称为混合式。第三，称英美国家的诉讼构造为混合式也是不准确的。英国是吸收了一些大陆法系国家的诉讼构造的因素，但不是吸收纠问式的因素，而是吸收职权主义的因素。例如，学者们所公认的吸收，是英国建立了公诉制度，但公诉并不是纠问式的特点，纠问式是集起诉与审判于法院一身。职权主义才明确区分控诉职能和审判职能，并以公诉为主。美国的诉讼构造是在英国的弹劾式基础上发展起来的。其所吸收的大陆法系的因素，如检察官负责起诉，也是属于职权主义的特点，而不是纠问式的特点。第四，也不能把日本的诉讼构造称为混合式，现代日本刑诉构造是在“二战”后，通过改革原有职权主义　并广泛吸收当事人主义而形成的。因此，其结合的内容是职权主义与当事人主义，而不是纠问式与弹劾式。另外，笔者认为，把现代世界主要国家的诉讼构造一概称为混合式，也不利于构造类型的理论研究。现代各个构造类型都有其不同的特点，因此，在分类上当然要着眼于个性，而不能着眼于共性。称为混合式，从整体上看，各个构造类型便没有大的差别了，所以还是直接以职权主义与当事人主义来从整体上划分才是正确的。

因此，笔者的观点不仅不同于上述广义的理解，而且与狭义的理解也有不同。即认为混合式仅指欧洲近代的诉讼构造，并不包括现代欧洲的职权主义诉讼构造。

（四）对抗式、非对抗式

对抗式与非对抗式是国内外有些学者对英美诉讼构造和欧洲大陆诉讼构造的概括。即认为英美诉讼构造属对抗式，大陆诉讼构造属非对抗式。持此分类观点的学者并不反对把英美诉讼构造称为当事人主义，把大陆诉讼构造称为职权主义，而是更乐于使用对抗式与非对抗式的概念。因此，这种分类观点与当事人主义、职权主义的分类观点是一致的，仅仅在称法上不同，那么，在这里仅存在一个哪种称法更准确的问题。

可以这样认为，比起对抗式与非对抗式的称法，还是当事人主义与职权主义的称法更准确些。

第一，如果仅从英美式与大陆式诉讼构造的形式区别上看，分别称它们为对抗式、非对抗式，是无可厚非的。在英美刑诉中，当事人基于平等的权利和对等的机会所展开的争讼贯穿整个刑事诉讼。尤其是在一般不会受到法官干涉的法庭的证据调查和辩论中，当事人双方进行着拉锯战，充分体现出了互不相让的对抗。而在大陆国家刑诉中，当事人之间权利和机会的不平等，以及法官的职权干涉，大大减弱了对抗的程度。因此称其为非对抗诉讼构造也未尝不可。但是如果从英美式与大陆式诉讼构造的实质区别上来看，对抗式与非对抗式便难以说明问题了。而能够说明问题的则是当事人主义与职权主义。站在这个层面上来看，就会发现，对抗与否仅仅是种现象，而决定这一现象的本质则是，在诉讼中是以当事人为重，还是以国家专门机关为重。正因为英美式诉讼构造以当事人为重，由当事人开始并推动诉讼的进行，因此才体现出了对抗。同样，正因为大陆式的诉讼构造以国家专门机关为重，由专门机关开始并推动诉讼的进行，才使当事人之间的对抗显得并不明显。因而，两种诉讼构造的区别，不仅仅体现在当事人之间对抗不对抗的问题上，而更主要地是体现在当事人与国家专门机关谁主谁从的问题上。

第二，诉讼构造理论所关心的问题，集中体现在控、辩、裁三方的关系上，而从表述上看，对抗式与非对抗式只把视线放在了控辩双方上，没有能直接反映出裁方在诉讼中的地位。当事人主义与职权主义则符合诉讼构造理论的要求，直接反映出诉讼三方的关系。当事人主义强调了当事人双方的主导地位，而职权主义则强调了国家专门机关的主导地位。同时，也分别表明了从属地位者。

第三，从形式上看，英美式与大陆式是有对抗与否的差异。不过，也须看到，英美式也存在着非对抗的一面，而大陆式也存在着对抗的一面。例如，在起诉问题上，英美式诉讼中的"起诉便宜主义"体现了当事人之间的非对抗。而大陆式诉讼中的"起诉法定主义"则体现了当事人之间的对抗（决定这种不同的当然还是当事人主义与职权主义）。再如，在阅卷问题上，英美式诉讼实行起诉书一本主义。起诉后，起诉人必须向被告方展示持有的证据（检察官证据展示制度），以使被告及其律师准备出庭辩护，这也体现出当事人之间的非对抗。而大陆式诉讼则一般不采取起诉书一本主义，检察官起诉后直接把卷宗及证据移送法院，被告及其律师只能在开庭前在法院阅卷，这却体现出当事人之间的对抗。由此可见，仅以对抗与否来区分两种诉讼构造类型，不仅难以准确区分，而且容易产生混乱。

第四，在概括现代两种不同诉讼构造类型时，还须注意与历史上存在过的诉讼构造类型加以区别，而从表述上看，对抗式与非对抗式并没有能做到这一点。弹劾式从形式上看，也反映出对抗，而纠问式则反映着非对抗。当事人主义与职权主义则做到了这一点，既表现出与历史类型的相似，更表现出不同。

（五）争斗模式与家庭模式

争斗模式与家庭模式的学说是美国学者格里费斯针对帕卡的两个模式的学说提出来的。关于格氏的模式学说的价值观问题，

笔者将在本书第四章"刑事诉讼的目的与构造"中作出评述，这里仅从构造类型的角度探讨一下格氏的这一分类。

如果从刑事诉讼是"争斗"还是"和平"的角度来看问题，那么可以说，从古到今的弹劾式、纠问式、混合式以及职权主义与当事人主义则都是"争斗式"的诉讼构造，的确没有哪一种构造类型是以"爱"为其前提或基础的。诉乃告，讼乃争，只告不争，不为诉讼。因此，格氏的争斗模式可以被看作是从"争斗"还是"和平"的角度、对人类从古到今刑诉构造类型的总体概括；而格氏的家庭模式则无非是他基于本人的刑事诉讼价值观、对其所追求的刑诉构造类型的美好描述。但愿人类刑诉构造将来能够逐步接近乃至达到格氏所向往的理想王国。然而，无论过去还是现在，人类刑诉的现实中确实不存在"家庭模式"。研究刑诉构造的分类，旨在根据一定的标准，对人类历史上和现今的刑诉构造进行科学的分类，以从中探索刑诉发展的规律和方向。而格氏的模式学说，则实际上把所有各种不同的刑诉构造类型统统简单地归为"争斗"一类，因而，这一学说作为刑诉构造上的一种理想理论，是值得我们推崇和继续研究的，但作为一种刑诉构造的分类理论，则实在不能恭维。

(六) 阶层模式与同位模式、权力行使型与权力抑制型

阶层模式与同位模式出自美国学者达马斯卡的模式学说。

达氏对当今世界主要对立刑诉构造的分类，是职权纠明模式与当事人抗争模式。虽然，从本章前文对纠问式与弹劾式以及职权主义与当事人主义之间区别的探讨来看，使用"纠明"字眼有混同纠问式与职权主义之嫌，但从本书第二章对达氏这一分类理论的介绍来看，其所述职权纠明模式与当事人抗争模式的含义，也就是职权主义与当事人主义。由此可见，达氏对现代英美与大陆两种诉讼构造类型的概括，实际上就是当事人主义与职权主义，而提出阶层模式与同位模式，不是对其原有概括的否定，而是进

一步揭示形成职权主义与当事人主义这两种不同诉讼构造的权力结构上的不同。

阶层模式，是以权力的集中行使和刑事政策的统一实施为其特征的。阶层性的权力分配，使得上位者与下位者权力分明，不可逾越，由此限制乃至排斥了官员的自由裁量权；阶层性的审查，使得刑事诉讼中的所有决定都必须留下记录，以备上位者审查，故官员为了使其决定经得起审查而尽可能地使决定规范化和标准化，从而使官员成为有效地适用规范性基准的技术专家。而这种权力结构，正好能够说明大陆职权主义诉讼构造运行的动力。同位模式则是以权力的分散行使和刑事政策上的处断多样化为其特征的。同位性的权力分配，使得上位者与下位者的权力划分并不那么严格和明确，从而使各个官员并未因权力的等级而丧失其独立性，而且有相当的自由裁量权；不重视阶层性的审查，使得官员无须为了应付审查而使其决定规范化和标准化，而是能够根据自己的政治、法律和伦理价值观，对社会性问题做出最佳的解决，从而可以促使官员成为灵活地解决问题的贤明者。英美当事人主义的诉讼构造正是建立在这一权力结构的基础之上的。可见，达氏对决定职权主义与当事人主义的不同权力结构的探讨，是令人信服的。

当然，也应当指出，阶层模式与同位模式仅仅是从国家机关及其官员的权力结构的角度，对职权主义与当事人主义诉讼构造形成原因的剖析，而进行这种研究，并非只有这样一个角度。例如，我们可以换一个角度，从对被告人的法律地位的不同认识的角度，继续进行这种研究（是否可将这一研究的对象——两种不同的被告人权利观概括为限权模式——职权主义与授权模式——当事人主义?)。

权力行使型与权力抑制型，是日本学者铃木茂嗣对人类历史上和现今各种刑诉构造的基本类型所进行的宏观分类。铃木先生

在其论文集《刑事诉讼的基本构造》一书中，把纠问式和职权主义概括为权力行使型诉讼构造，而把弹劾式和当事人主义概括为权力抑制型诉讼构造。他虽然没有具体阐述这种概括的理由，但我们稍加思考便也能够理解。纠问式和职权主义的共同特点之一，就是赋予国家专门机关及其官员充分的权力，使其在刑事诉讼中始终居于支配地位，刑事诉讼的开始、进行和终结都取决于国家机关及其官员对其权力的行使，从而使被告人的权利被否定或被忽视。而弹劾式与当事人主义的共同特点之一，则是限制国家专门机关及其官员的权力，而使作为控辩双方的当事人在刑事诉讼中居于主导地位。刑事诉讼的开始、进行和终结主要地取决于当事人对其诉讼权利的行使，从而使被告人的权利受到重视和保护。因此，基于国家权力在刑事诉讼中的扩张或收缩这样一种思考方式，把纠问式和职权主义称为权力行使型诉讼构造，而把弹劾式和当事人主义称为权力抑制型诉讼构造，当然是无可指责的。

最后，回到我们这里所探讨的构造类型分类的问题上。

达马斯卡的阶层模式与同位模式学说，从国家机关及其官员的权力结构的角度，剖析了形成职权主义与当事人主义的不同原因，而铃木茂嗣则从国家机关及其官员在刑事诉讼中如何行使其权力的角度，用权力行使型与权力抑制型对纠问式和职权主义、弹劾式和当事人主义进行了宏观分类，故二位先生的理论对于我们深入理解刑诉构造基本类型，是颇有教益的。而我们在学习与研究中，首先必须明确的是，二位先生的分类，不是对刑诉构造基本类型的分类，而是采取分类研究的方法，对人们已公认的基本类型所进行的深入探讨。

综上所述，国内外学者所使用的，涉及刑诉构造类型的概念非常繁多。我们只有辨明正误，理清关系，才能将我们的研究工作建立在正确而坚实的基础理论之上，才能准确而自如地展开构

造论的研究。

二、弹劾式与纠问式

(一) 弹劾式及评价

弹劾式诉讼构造主要实行于奴隶制时期的古巴比伦、古希腊、古罗马共和国以及封建初期的一些国家之中。这一诉讼构造是以诉讼当事人作为诉讼主体具有平等的诉讼地位并在诉讼中居于主导地位为其主要特征的。其产生的主要原因大致可分为两个方面：第一是深受原始公社时期解决纠纷的方式的影响。在奴隶制社会的初期，国家对侵犯私人利益的行为，通常不亲自干预，而是允许受害人直接处罚加害人，或以某种方式与加害人和解。虽然后来随着国家统治权力的加强和国家司法职能的扩张，不允许当事人"私了"，但是国家司法机关对违法犯罪行为的追究活动仍然受制于当事人。即一方面在诉讼的启始上坚持"无告诉即无审判"的诉讼原则，另一方面在诉讼的进行中赋予当事人决定诉讼的主动权。第二是深受当时占统治地位的法律思想的影响。在奴隶制共和国的政治家、法学家的论著中，我们可以看到对刑诉构造问题的论述。例如：古希腊的亚里士多德在其《伦理学》中写道："法律视各人平等，但就事论事。惟问其孰为作奸者，孰为受害者，孰为不公之原动，孰为其事之牺牲者而已。依此义，则不公是为不公正与不平等。法官之责，即在力使之平而已。击者与被击者、杀人者与被杀者、行者与受者，两方分际不均。法官所事，即在施刑罚以补其利益之不均而遂均之"。"人当争论之际，每求直于裁判官，即所以求得公平也。而裁判官者，则公平人之化身耳"。"且人恒于裁判官处求中道，故又呼之为中人。盖谓得其中则得公平，裁判官为中道故公平为中道也。裁判官之

职，即在持平……①在这里，我们可以看到他在刑诉构造问题上的主张：当事人平等，裁判官"持平"。

弹劾式诉讼构造的主要特点是：

1、国家不行使起诉权，由被告人或其代理人，或者其他任何人向法院提起诉讼。法院在接受私人控告后，才能进行审判，而不能主动开始刑事诉讼活动，实行"不告不理"的原则。最初起诉权只属于被害人或其代理人，后来为了追究犯罪，保护社会，民众控告制逐渐兴起，但并不存在官方的起诉机构。从古代法中，我们可以看到，不仅起诉权由原告行使，而且传唤被告到庭也由原告负责。例如，《萨利克法典》第3条规定："凡传唤别人到法庭去者，应偕同证人，一同到被传唤人家。如本人不在，应使其妻子或其他家属通知本人，前赴法庭"。另外，如果被传唤人拒不到庭，传唤人甚至有权采取强制方法使其到庭。例如，古罗马《十二铜表法》第1表第1条："若（有人）被传出庭受讯，（则被传人）必须到庭。若（被传人）不到，则（传讯人）可于证人在场时，证实（其传票），然后将他强制押送"。第2条规定："若（被传人）托词拒（不到案）或企图回避，则（传讯人）得拘捕之"。再者，被害人以外的其他人的控告权后来也受到法律保护，例如，在雅典的梭伦宪法中，被认为是最具民主特色的就是任何人都有自愿替被害人要求赔偿的自由，任何人都有向陪审法庭申诉的权利。

2、控告人与被告人处于对等的地位，享有平等的诉讼权利，在诉讼中均是诉讼主体，并且居于主导地位。而审判者则居于被动地位，是作为超于诉讼双方之上的裁判者出现于法庭的。审判实行对质、言词和公开的原则。例如，《十二铜表法》第1表第6条规定："谈判之事，则亦由（原告人）在（出庭受讯时）

①《亚里士多德伦理学》卷五，第七章，商务印书馆，1933年版。

提出请求”。第7条规定:“若（当事人双方）不能和解，则（他们）应在午前到市场或会议场[1]进行诉讼。双方应依次申辩（自己的案件）”。

3、一切诉讼资料，都由诉讼当事人自行收集、提供，法官不收集证据，只在当事人提供的诉讼资料的基础上进行评断、作出裁判。例如，《十二铜表法》第2表第3条规定:“若（原被告之一方）证据不足，则他应到（未出庭审讯之证人）住宅的大门，在三天之内，大声（向之）吁请”。举证责任归原告，如果原告不能证实被告犯罪，则要承担与其控告性质相应的法律责任。例如，《汉穆拉比王法典》第1条规定:“倘自由民宣誓揭发自由民之罪，控其杀人，而不能证实，揭人之罪者应处死”。第3条规定:“自由民在诉讼案件中提供罪证，而所述无从证实，倘案关生命问题，则应处死”。

4、在案件发生疑难时，采取神判或决斗方式解决。神灵裁判有两种，一种是一方当事人，通常是被告来参加这种审判；另一种是双方当事人都参加，方式也有火验、水验等多种。例如，《汉穆拉比王法典》第2条规定:“倘自由民控自由民犯巫蛊之罪而不能证实，则被控犯巫蛊之罪者应行至于河而投入之，倘彼为河所占有，则控告者可以占领其房屋；倘河为之洗白而彼仍无恙，则控彼巫蛊者应处死；投河者取得控告者之房屋”。

弹劾式诉讼构造的优点在于：第一，明确区分了控诉、辩护、审判三种职能，法院实行“不告不理”。这样就有效地防止了将起诉权和审判权集法官一身而可能造成的把被告人作为诉讼客体的现象。第二，原告与被告享有同等的诉讼权利，并积极主动地进行诉讼，在法庭上控辩争讼。法官默察于其间，以不过多地

[1] 在古罗马，会议场是市场的一个地方，人民集会、审判及执行判决均在那里举行。——笔者注。

干涉来求得诉讼双方的充分辩论。这样就有助于法官兼听控辩，明察是非，从而使审判达到公正。这一诉讼构造的缺点则在于：第一，将起诉权完全赋予私人，国家没有专门的起诉机关，从而也就没有专门机关的侦查，因而一则如果被害人因故放弃起诉，对犯罪行为就无法追究；二则即使被害人或其他人起诉，也难免出现不能有力地收集证据证明犯罪，或不能充分证明犯罪的现象。第二，法官不过多地干涉当事人双方的控辩是有利诉讼的，但不主动收集证据，也不主动调查当事人提出的证据材料及证据线索，也是不利于查明案情，准确裁判的。第三，对疑案采取神明裁判和决斗，其历史局限性是显而易见的。

（二）纠问式及评价

随着封建制的建立，特别是封建统治权力的集中和加强，反映着原始社会平等思想的弹劾式诉讼构造，逐步被体现着封建社会专制思想的纠问式诉讼构造所代替。

纠问式诉讼构造产生于罗马帝国时期，盛行于中世纪后期欧洲大陆各国君主专制时期。它也是臭名昭著的宗教裁判所采取的诉讼构造。德国 1532 年《加洛林纳刑法典》和法国 1539 年的《法兰索瓦一世令》所规定的刑事诉讼程序则是这种诉讼构造的典型。

这一诉讼构造的主要特点是：

1、没有被害人或其他人的控告，法院也可主动追究犯罪。具体说，就是没有侦查和起诉机关，审判机关将控诉职能与审判职能集于一身，不待被害人或他人控告，即可主动进行侦查和传讯；如通过侦查和审讯，认为被告有罪，便可直接判处刑罚。不过，这种诉讼构造也不是不承认个人的起诉权，只是不把个人的告诉作为进行审判的前提，也就是不实行“不告不理”的原则。

2、被告人在诉讼中，不是诉讼主体，而是诉讼客体，没有诉讼权利，只是被拷问的对象，唯有法院才是诉讼主体。法院在

审判前所进行的侦查，具有十分重要的诉讼意义，不仅牵涉关押被告，而且要形成审判所需的全部材料。因此，所谓法庭审判，仅仅是让被告人对已准备好的控诉材料进行供认和下个判决而已。在这种审判中是不存在被告人的辩护问题的。所以，这种审判是秘密和书面式的。

3、采取法定证据制度。由于这种制度规定被告人的口供是证据之王，而同时又奉行有罪推定原则，所以在被告人不供认有罪时，法官便对其进行刑讯逼供，极力获得据以定案的口供。例如，《加洛林纳刑法典》就规定，有一定的证据怀疑被告人犯罪而他不供认时，允许以拷问方式强制其自供。在法兰克王国，对被告人要进行两次拷打。第一次在侦查期间，逼使他认罪；第二次在判刑之后，逼使他供出同犯。

这种诉讼构造突出、强化了刑事诉讼的惩罚功能，由此提高了惩罚的效率。因而，在这种诉讼中，被认为是犯罪的人逃脱法律制裁的可能性相当小。但是，它的种种弊端也是显而易见的。第一，将控告与审判集法院一身，使得法官在侦查中就已形成己见。因而法庭审理并无实际意义，仅是对侦查做个总结而已。第二，将被告人作为诉讼客体，剥夺其辩护权利和机会，不可避免地导致对案件事实认定的的偏差或错误，从而难免冤错。就以上这两点与弹劾式诉讼构造相比，可以认为这是在诉讼构造上的一种历史倒退。第三，用野蛮和残酷的刑讯逼供来代替弹劾式诉讼的迷信和原始的神明裁判和决斗，同样难以求得案件的真实。

三、职权主义与当事人主义

（一）职权主义与当事人主义的特点和区别

以法国和原联邦德国为代表的欧洲大陆国家的职权主义与以美国为代表的英美法系国家的当事人主义，是当代世界两大对立的诉讼构造。要分别考察这两种构造的特点，必须立足于二者的

区别。因为，所谓特点就是一事物区别于他事物的地方。

学者们在论述这两种构造时，也是着重论述二者的特点。不过，或许由于未能深入考察两大构造的当代主要特点，而更多地着眼于与纠问式诉讼构造相比较，因而未能准确地就特点问题加以理论概括。与纠问式的主要区别，是两大构造的共同特点，不能视为是两大构造各自的特点。学者们在概括两种构造在审判程序中的不同特点上，是准确和充分的，但是除了这一点，其他的概括则是难以让人满意的。这主要表现在：第一、把两大构造的共同点分别作为二者的特点。例如，把起诉权与审判权的分离作为大陆法系诉讼构造的主要特征之一，[1]不能与英美的诉讼构造相区别，因为后者当然也是如此。这是两大构造和弹劾式构造区别于纠问式构造的地方。再如，把起诉方式作为英美当事人主义诉讼构造的主要特点之一（英国公诉与自诉并存，美国仅实行公诉）[2]也是没有与大陆职权主义诉讼构造划清界限。因为后者也是这样（原联邦德国也是公诉与自诉并存，法国也只采取公诉）。这是两大构造和纠问式构造（主要采取法院主动追究，但也不完全排除自诉）区别于弹劾式构造（只有自诉、没有公诉）的地方。第二，未能论及两大构造的其他一些主要特点。例如，在起诉程序中是实行“起诉法定主义”、还是实行“起诉便宜主义”；是否实行起诉书一本主义；在起诉后，是否实行“罪状认否程序”，等等。

因此，为了更清楚、更直接地看到这两种构造的区别，这里将以主要诉讼程序和主要诉讼问题为背景，采取直接比较的方法进行阐述。

---

①高校文科教材《外国刑事诉讼法学》第54页，北京大学出版社。

②《外国刑事诉讼程序比较研究》第14页，法律出版社。

1、关于侦查程序

是否允许辩护律师介入侦查程序已不是这两种构造在侦查程序上的区别，在此问题上，德、法等大陆法系国家与英、美一样，也允许律师参与侦查程序。两种构造在侦查程序上的区别集中体现在是否承认被告及其辩护律师与侦查机关具有平等的诉讼地位，是否承认被告方的侦查与调查上。

在职权主义之下，因不承认双方当事人平等的原则，故在侦查程序中，嫌疑人或被告仅属侦查对象，而无诉讼上的平等地位可言。因此，刑诉法仅规定国家机关的侦查，而不承认被告方面的侦查。被告认为有能够证明自己无罪或罪轻的证据，也只能请求国家的侦查机关收集，而不能自行收集。否则，将招致湮灭证据或串通共犯或证人的嫌疑。同时，由于侦查是国家机关的片面行为，因而使侦查成为国家机关对被告人的纠问。于是，被告便负有忍受国家机关侦讯的义务，势必使被告人的权利遭到侵害。

在当事人主义之下，由于受当事人平等原则支配，而不承认侦查为国家机关的专权，因而双方当事人均有权各自独立收集证据。国家机关只能以被告逃亡或可能逃亡为由，限制被告的自由。双方当事人均不具有强制处分权，只有法院或民众代表机关拥有强制处分权。同时，在为了收集证据，确有必要行使强制力时，双方当事人均有同等的权利，请求法院或民众代表机关进行强制处分。总之，侦查既然是双方当事人收集证据的行为，那么，双方必须以平等且对等的地位进行，法律并不承认任何一方当事人有优于他方当事人的侦查权；被告与国家机关相同，只能成为侦查的主体，而不能成为侦查的客体，这样被告便不负有忍受国家机关侦讯的义务，从而能够切实地行使其诉讼权利。

法国与原联邦德国的刑事诉讼法，虽然规定被告人有权在侦查程序中委托辩护律师，但是被告人及其辩护人并没有与侦查、检察机关相应的诉讼权利。法国的辩护人虽然有权在讯问被告时

在场，有权在预审前阅卷以及经预审法官同意进行提问、发言，但无权进行个人侦查。原联邦德国的被告人及其辩护人有申请调取证据的权利，但不能自行调查。因而，在大陆法系国家，被告及其辩护人既然不能自行收集证据，也就难以在侦查程序中提供辩护证据。

在英国和美国侦查程序中，被告人及其辩护人与警察、检察官具有同等的诉讼地位。在侦查实务中，辩护律师有权自行侦查或调查，或者委托私人侦探代为侦查。同时，有权在预审时提出辩护证据或携己方的证人出庭作证。而且，在预审法庭上，警察与检察官方的证据并不优于被告方的证据。

2、关于起诉程序

在当事人主义之下，当事人有权自由处分诉讼标的，当事人（追诉人）即使在证据充分时，也可作出不起诉的决定（起诉裁量主义，又称起诉便宜主义）；在起诉之后，经被告同意（起诉后，被告仍有获无罪判决的机会），也可以撤回起诉（起诉变更主义）。

在职权主义之下，当事人对诉讼标的无处分权。因此，通常情况下，只要证据充分，追诉人就须起诉（起诉法定主义）。当然，在职权主义之下，追诉人也可采取起诉裁量主义或限制性起诉裁量主义（限于某特定之罪或轻罪），但那不过是基于刑事政策性考虑而已。同时，在公诉案件中，经被害人请求，法院可强制起诉机关起诉（起诉强制主义）；在起诉之后，除因证据不充分而获法院许可外，一般不许起诉人撤回起诉。

美国原则上实行起诉便宜主义和起诉变更主义。检察官在决定是否起诉时，可根据包括证据的份量、罪行的性质、被告人的性格以及其他可采用的补救办法在内的各种因素，决定不予起诉。有些刑事管辖区采取审判前的转变办法。根据这一办法，如果被告人能够满足一定的条件，即可撤回起诉（如在经济上赔

偿，正常就业等等）。逮捕后未提起公诉而予以释放的人，几乎在每一个刑事管辖区都占很大比例。成年被捕者属于这种情况的常常占40%之多；对于因重罪被捕的成年人没有起诉而释放的，在较大的城市地区，典型的比例是20%—30%；本可以重罪起诉而以轻罪起诉的，大约占10%—20%。结果，在因重罪被捕的成年人中，被以重罪起诉的只占大约50%—70%。①

原联邦德国则原则上实行起诉法定主义。检察官对于受理的刑事案件，在认定事实清楚，证据充分后，必须提起公诉。如果认为案件属于轻微犯罪可不处罚，则须经管辖法院同意，作不起诉处理；如果公诉已经提起，须经检察长和被起诉人同意，在法院审理开始前，可撤回起诉。另外，检察官有限的起诉裁量权，还要受到公诉案件中的被害人制约。被害人如对其不起诉或撤诉决定不服，可向上级检察机关提出申诉；如被拒绝，可在一个月内申请法院裁定。法院认为申诉有理，有权命令检察官对该案提起公诉。

在起诉上，职权主义与当事人主义还有一非常重要的差异。在职权主义之下，审判与侦查连续进行，也就是起诉机关在起诉时，将侦查卷宗及所有证据移送法院。因此，法院是以侦查机关的侦查成果为基础进行审判的，这实际上不过是职权主义主体的更换而已。侦查与审判，在本质上完全属于连续性的一贯作业。与此相反，在当事人主义之下，因为受公平法院之公正审判为刑事被告人的基本人权，故务必使审判与侦查绝缘，法院绝不能以侦查机关的侦查成果为基础而进行审判。法院既非公平，其所进行的审判也非公正。因此，起诉人在起诉时，只能将起诉书送交法院，而不得进行证据说明，也不得记载足以使法院对被告人产生偏见的任何事项。这种起诉方式称为"起诉书一本主义"。

①引自《美国现代刑事诉讼程序》，《法学译丛》1987年第1期。

在法、德等大陆法系国家，因为法院要指挥审判、亲自调查证据，所以需要在审判前完全了解案件事实及其细节。这样，对法院来说，比一本起诉书更为重要的是全部案件笔录和所有证据。因此，必须由检察官向法院移送这些材料。法官在充分阅读了全部案件笔录、审查了所有证据，并认为没有问题后，便在此基础上开始审判。而英、美两国则以当事人双方在法庭上的公开平等辩论为刑事诉讼的中心环节，因此必须使审判程序与侦查程序之间的联系中断，使审判程序成为独立的程序。达到这一目的的手段就是在起诉时，不许检察官移送侦查卷宗和证据，只得提交一本简单的起诉书，以防陪审团、法官因事先了解案情、先入为主，使法庭审理失去意义。被告人只有在法庭上正式提出不服罪的答辩后，起诉人才提出证据证明他所指控的犯罪事实，以便陪审团听证。

3、关于罪状认否程序

由于当事人主义承认双方当事人对诉讼标的均有处分权，所以，不仅追诉人对起诉与否有自由裁量权，而且也允许被告承认起诉事实而服罪。因此，在当事人主义之下，通常在审判前，有一道“罪状认否程序”（arraignment），使被告对起诉事实作承认与否的答辩。如被告答辩有罪，则不举行审判，直接对被告就其所答辩之罪科刑，这是被告对诉讼标的进行处分的结果。换句话说，审判仅是处理刑事案件的各个方法之一，而非属必经途径，双方当事人之所以自愿进行某种处分，是因为为了通过协商而达到某种妥协。这种协商、妥协不仅可就罪名进行，同时也包含科刑。被告行使其处分权的意义就在这里。因此，附带于罪状认否程序的是“答辩协商”（plea bargaining，又称“控辩交易”）制度。同时，在审判中被告也可改变初衷而答辩有罪，据此审判可不继续进行。

因职权主义原则上不承认当事人对诉讼标的有处分权，故不设

罪状认否程序，即使被告承认有罪仍须举行或继续进行审判。被告之所以被认定有罪，是基于审判调查证据的结果，而不是基于被告承认有罪的结果。因此，只要有起诉，则审判便是处理刑事案件的必经途径。"答辩协商"被视为不道德行为而加以禁止。

在美国，被告人在罪状认否程序中如果承认有罪，则可以此换来法官、检察官的让步。这种让步包括法官对被告处以较轻的刑罚；检察官以较轻的罪名起诉；检察官在起诉后请求法官从轻处罚。由于这一程序对有罪的被告人十分有利，因此在实践中被广泛应用，成为刑事诉讼中的主要程序。为数众多的起诉案件以有罪答辩而告终结。在刑事诉讼中，是罪状认否程序而不是正式的审判程序成为支配有罪判决的主要形式。据统计，1956 年至 1962 年联邦法院以罪状认否程序终结的刑事案件，约占所有案件的 80%。1962 年，在全国重罪案件中，约有 69%是以被告人答辩有罪而告终结的。在七十年代，以此方式解决的案件，平均约占所有重罪与轻罪案件的 95%，约占重罪的 70—80%。[①] 有罪答辩率之所以这么高，正是因为控辩交易。检察官与被告人（一般通过其律师）在法庭外进行谈判，双方为了争取有利于己方的最佳条件，进行讨价还价，最后达成妥协协议。法官不参与当事人双方的谈判，而是决定是否接受协议，据以判决。就一般情况而言，法官只要能够确认被告人的有罪答辩是出于自愿（自由意志的选择），就会依照协议内容判决。美国的这种罪状认否程序产生于二十世纪三十年代，当时只有个别案件采用此程序，以后逐渐推广，至七十年代初为联邦最高法院所认可。联邦最高法院在肯定这一程序的合宪性的同时，指出这种程序既可以使被告人获得较轻的判决，又可以缩短法院处理案件的时间，为国家节省诉讼费用。此后，在联邦地区法院刑事诉讼规则中对此程序

①引自《美国现代刑事诉讼程序》、《法学译丛》87<1>。

作了具体规定，这就是联邦刑事诉讼实行此程序的法律依据。各州纷纷立法，将这一程序纳入法律轨道。

而在法、德等大陆法系国家，都既不设罪状认否程序，又同时禁止检察官与被告人及其辩护律师在法庭审理前进行私下交易，即使控辩双方达成某种协议，在法官面前也是毫无效力的。

4、关于审判程序

(1) 就审判的形式来看，职权主义与当事人主义的区别，在于维持审判的合法性的责任与进行审判的主动权属谁。在职权主义之下，不仅审判期日的指定，而且调查证据的顺序、范围与方法均由法院决定。同时，关于如何进行审判（如审判员的资格、应否公开审判、法院有无管辖权、应否有辩护人在庭、应予审判的事项、应否停止审判等等）的决定权也属法院。相反，在当事人主义之下，除审判期日由法院指定外，其余均属当事人的责任、取决于当事人。只是在双方当事人就上述事项发生争执时，才由法院裁定。换句话说，关于调查证据的顺序、范围、方法以及审判的合法性问题，如当事人间没有争执，法院不得作主。

(2) 就审判的内容来看，调查证据的权利义务属谁，乃属职权主义与当事人主义在审判阶段的重要分歧。在职权主义之下，调查证据完全由法院独审。不仅调查证据的顺序、范围、方法，由法院全权决定，而且关于何种证据证明何种事项、以及应提出的证据、应传唤的证人、鉴定人，也由法院决定。同时，对证人、鉴定人的询问，也由法院进行。甚至在起诉后，或在调查证据过程中，不仅关于是否有必要补充收集证据，由法院决定，而且法院在认为必要时，可直接收集证据。

在当事人主义之下，调查证据的权利和义务，全属当事人，除显属浪费诉讼时间，或纯以拖延诉讼为目的的证据调查以外，法院无权干涉当事人的调查证据活动。同时，因证人、鉴定人由当事人询问，而使“交互询问”（又称“交叉询问”）成为调查证据

的主要方法。尤其是交互询问中的"反对询问"被认为是发现真实的利器，从而使反对询问权成为不可剥夺的刑事被告人的基本人权。相反，在职权主义之下，交互询问和反对询问，都不被视为必要的规则。

关于审判的形式。英美贯彻无罪推定的原则，证明责任由原告（检察官）承担。被告人一般不负举证责任，对控告有权沉默，也有权辩护，只有在法定的情形下（如证明自己患有精神病，是未成年，行为是自卫等）才承担举证责任，即所谓"用证据推进的责任"（burden of going forward with the evidence）。法官既无举证责任，一般也无收集证据的义务。因此，在以调查证据、认定事实为基本任务的审判程序中，当事人双方居主导地位，掌握推动诉讼进行的主动权。调查证据的顺序、范围及方法都由当事人依审判规则自行决定。法官作为仲裁人，既不决定此等问题，一般也不予干涉。关于审判的内容，英美在调查证据时，都采取当事人交叉询问的规则。当事人双方的证人先由本方当事人主询问，后由对方当事人反询问。另外，还可进行再询问。起诉方的证人先由检察官主询问，目的在于通过问答证明被告人实施了所指控的罪行。接着，被告律师向起诉方证人反询问，目的在于揭示起诉方证人证言中的不实或矛盾之处。之后，检察官可以再询问，目的在于解释被告律师所指出的矛盾，反驳被告律师的推理，以补充说明己方的证言。最后，被告律师也可进行再询问，以进一步反驳检察官所提出的证人证言。在起诉方的证人证言调查完毕之后，开始以同样的方法调查被告方的证人证言（由被告律师先进行主询问）。对鉴定结论的调查，也是基本按此规则进行。因此，调查证据是按审判规则，由当事人决定如何进行，具体怎样进行调查的选择权在当事人，而不是按法官的指挥进行。法官的主要精力在于认真了解当事人双方提出的证据以及通过交叉询问所反映出的案件事实和双方的主张，判断案

件的全部事实和存在的问题。虽然，美国《联邦证据规则》第614条规定法官也有权主动传唤并询问证人，但在实践中法官一般并不行使此权。法官在这方面的主要作为是传唤专家证人以说明某个专门性的技术问题。

法、德等大陆法系国家的审判程序则与英美不同。首先，法官指挥审判，在庭审中起主导作用。例如，原联邦德国刑事诉讼法第298条（1）、241条规定："审判长指挥审判，讯问公诉被告人以及采取证据"，"凡滥用讯问证人和鉴定人权利的人，审判长可以剥夺他的讯问权利"。法国刑事诉讼法第309条规定："庭长有权维持法庭秩序和指挥审理。凡有损法庭审理尊严或者旨在拖延审理，使人对审理结果的确实性不抱更多指望的发言，庭长应当一律制止。"其次，法官主动收集证据，证据的提出、证人、鉴定人的传唤，证据的调查，均由法官依职权决断，其至可以采取他认为需要的一切方法和措施。例如，原联邦德国刑事诉讼法第214条第2款规定"为了查明案件事实真相，法官应当依职权主动采取足以证明一切事实真相的证据，以及对作出决定所必要的一切证明方法"。法国刑事诉讼法第310条第1款规定："审判长被授有随机应变权，他凭借自己的名誉和良心，可根据此项权力采取他认为有益于发现真相的一切措施"。在大陆法系国家，是不实行英美庭审时的交叉询问规则的。例如，法国刑事诉讼法第331条第1款规定："证人应当按照庭长规定的顺序依次分别作证"。

（二）对当事人主义与职权主义的评价

在当代日本和台湾学者的论著里，讴歌当事人主义，抨击职权主义的论点时有所见。而且，这似乎已经成为一种潮流。其实，客观地说，当事人主义并不是至善至美的，而职权主义也不是一无是处的。仅从以上所阐述的二者的特点和区别中就可以看出，二者是各有长处和短处。而且，当事人主义之长，正是职权

主义之短；而职权主义之长，也正是当事人主义之短。

1、关于当事人主义

上述当事人主义的特点反映出它三个方面的主要优点。第一，被告人在侦查程序中切实地获得了自卫、自救的机会。侦查程序在整个刑事诉讼中尤为重要。与其说被告人的命运由审判程序决定，不如说由侦查程序决定。因为，作为判决基础的证据，都是在侦查程序中收集的，法庭只是进行审查。因而要切实保护被告人的诉讼权利，就必须首先从侦查程序做起。如果仅仅在审判时才赋予被告人进行自卫的权利，那么，可以说他可能已经失去了真正能够自救的机会。因此，当事人主义赋予被告人及其辩护人在侦查程序中的侦查和调查的权利，是其切实保护被告人权利的一个重要步骤。当然，这样做的意义还在于，使侦查程序不致成为国家专门机关只着眼于查明犯罪的片面的诉讼活动，而成为控辩双方查明是否犯罪，罪行轻重的全面的诉讼活动，从而有助于一方面揭露犯罪，一方面防止冤错。第二，当事人主义在起诉程序中有两大优点。一是检察官的自由裁量权。传统刑法注重刑罚的报应功能，单一地采取罪刑相适应原则；现代刑法注重刑罚的教育功能，在实行罪刑相适应原则的同时，采取刑罚个别化原则（根据行为人的人身危险性的大小决定刑罚的适用与否及轻重——我国多数刑法学者现已对此持肯定态度）。在起诉程序中赋予检察官自由裁量权，实行起诉便宜主义，是当事人主义诉讼构造落实现代刑罚教育任务的具体措施。当然，刑罚个别化原则必须与罪刑相适应原则相结合，所以起诉便宜主义也必须与起诉法定主义相结合，对检察官的裁量权必须加以法律的限制。二是起诉书一本主义。这可以被看作是当事人主义通过侦查和审判程序，对被告人权利的双重保护。不允许检察官移送己方的卷宗和证据，就使控辩双方在法庭审理中平等地举证、问证成为可能。当然，这样做的另一方面的重要意义在于，使法庭审理真正

成为刑事诉讼的中心环节。三是法庭审理的交叉询问。这一规则的诉讼价值在于能使证据越问越明，事实越辩越清，而法官的不多干涉，则是这一规则得以执行的保证。可以说，这一规则是当事人主义诉讼构造在庭审中查明事实、防止偏错的"安全规则"。

当然，当事人主义的特点也反映出其两个方面的主要缺点。第一，是罪状认否程序。这一程序已被美国的法律确认，但美国的学者们对它是多有评说的。倾向性的观点是认为没有适当的司法审查制度与程序相配套，因而原本是旨在保护被告人权利，使其尽快从刑事诉讼中解脱以及使其不受处罚或受轻罚，而实践中却可能由于并非被告人自愿而产生相反的效果。笔者认为，全面地来看，此程序在刑事诉讼中是弊大于利。其一，从美国司法实务来看，大多数重罪案件是以此程序解决的。对于重罪不依正式审判程序调查证据、认定事实及情节，而以被告人的认罪和控辩交易来决定处罚，并唯宽唯轻，不符合刑事诉讼所应有的准确惩罚犯罪的目的。其二，如美国学者所见，无适当的司法审查制度对此程序加以必要的限制，这就难以排除无罪的人为了解脱刑事追诉而认罪的可能。其三，控辩交易是由控辩双方商定被告人的刑事责任，并进而使其达成的协议成为判决的基础，这是不符合控诉、辩护、审判三种诉讼职能分立的现代刑诉基本原则的。其四，这一程序使作为当事人主义诉讼构造主要优点的起诉书一本主义，庭审中交叉询问规则以及上诉制度等，都成为空话。当然，这样认为并不是要全盘否定罪状认否程序。如果对此程序进行一定的法律限制，如犯罪类型的适用限制，控辩交易的效力限制等，从而使其成为一种合理的简易程序，那么便可消除目前存在的种种弊端。第二，法官在法庭审理中过分消极。为了保证当事人双方充分举证、问证和辩论，法官不要过于用心使自己成为诉讼中心，不要过于热心参与调查，干预辩论，这是完全应当肯定的。但是，当事人主义使法官在法庭上有些无所用心，不主动

收集证据，也不主动进行必要的证据调查，甚至听任检察官和辩护律师私下交易并左右自己的审判。这无疑不利于发挥法官的应有作用，查明案情，正确判决。

2. 关于职权主义

职权主义的诉讼构造的优点集中体现在国家专门机关充分行使职权，以提高查明犯罪，惩罚犯罪的效率上。在侦查程序中，为了使侦查机关的侦查活动顺利展开，虽然允许辩护律师介入，但绝不允许有碍侦查的现象发生，从而能够使各种侦查行为有效地实施，广泛和深入地进行侦查，全面和充分地收集证据，最大限度地减少犯罪人逃避惩罚的机会和可能。尤其是能够扩大侦查成果，由一罪查出数罪，由一人查出共犯乃至犯罪集团。在起诉程序中，为了保住侦查成果、使犯罪人受到应有的惩罚，实行起诉法定主义。被告人的刑事责任问题主要通过审判，由法官最后确定，实行严格的起诉与审判的分工。因此，由侦查程序进入起诉程序的犯罪人，不进入审判程序的机会是很少的。在审判程序中，使法官充分发挥其积极性、主动性。法官不仅有权收集证据，而且有权主持证据的调查。一旦法官确认案件主要事实和情节已经清楚，证据确实充分，便可及时制止起诉方和辩护方在枝节问题上的不必要的争论，进行判决。因此，英美当事人主义的法庭审理中常出现的当事人有意拖延起诉的现象，在法、德等职权主义的法庭审理中是不多见的。职权主义诉讼的侦查效率、起诉效率和审判效率所构成的惩罚犯罪的效率，是当事人主义诉讼所不能比的。

职权主义的缺点表现在：第一，在侦查程序中，被告人实际上是侦查活动的客体，虽然被告在法律上也享有一定的诉讼权利，但并不一定能够切实地实现这些权利。况且他的权利也是有限的，特别是他唯一可以依赖的辩护律师的权利也是有限的。同时，由于侦查机关有广泛的侦查权，而且又不受证据排除法则的

拘束，因而实践中难免侵害被告人的权利。而这对于全面收集证据，防止冤错是十分不利的。第二，在起诉程序中，过多地限制检察官的裁量权，难以贯彻刑罚个别化原则。不实行起诉书一本主义，对于公诉人来说，其意义就在于起诉后，使公诉人在法庭上居于优势地位，以保证公诉的成功。第三，在审判程序中，由于法官以侦查、起诉材料为审判的基础，很有可能庭审前接受公诉主张，先入为主；再加上法官指挥审判，限制被告人及其辩护人调查证据的范围和辩护的范围，没有严格的交叉询问，所以被告及其辩护人在这种审判中，难以自主地调查证据，进而难以充分、有效地进行辩护。常常不能避免的情况是，法庭审理对于控、辩、裁三方来说，不过是履行个法律手续而已。

四、以当事人主义为主、职权主义为辅的诉讼构造

在刑诉构造的分类上，中外学者的一个普遍的做法是，不直接把日本刑诉构造划归大陆职权主义或英美当事人主义之列，而是将其作为一种特殊的类型。这种做法无疑是正确的。日本刑诉构造兼采当事人主义与职权主义之所长，并将二者有机结合，又以当事人主义为其主要特征，在诉讼构造类型上，独具风格，独领风采。因此，有必要对其发展历史、主要特点及诉讼价值进行专门研究。

(一) 日本近、现代刑诉法的发展变化

近、现代日本刑诉法的发展史是由职权主义向当事人主义变化的历史。

日本近代第一部刑诉法典是明治维新后的明治 13 年（1880 年）由法国人提出草案后制定的《治罪法》。明治 23 年（1890 年）制定的《刑事诉讼法》(学者们称为旧旧刑诉法)，仍保留《治罪法》的基本内容。近代最后一部刑诉法典是大正 11 年 (1922 年) 参照德国刑诉法制定的《刑事诉讼法》(学者们称旧

刑诉法）。

治罪法、旧旧刑诉法和旧刑诉法在诉讼构造上与当时的法国和德国相同，均采取职权主义。现以日刑诉法为例说明。在公诉提起前的阶段，被疑人（日本将起诉前的被追诉人称为被疑人、起诉后称被告人）无权拥有辩护人。侦查是侦查机关单方面的诉讼活动。被疑人的沉默权在法律上不仅未作明文保障，而且事实上法律默认对被疑人进行强制性审讯。虽然，刑诉法为了防止侦查机关滥用强制处分，除紧急场合外，由审判官实行强制处分，但侦查机关却常规避这种限制，以行政执行法和违警罪即决条例为根据，拘留被疑人进行审讯。公诉提起后实行预审制度。本来，这是一种为了保证没有嫌疑而被起诉的人不进入审判程序的制度，但实际情况却是以查明嫌疑的有无为借口，实行非公开审理，不许辩护人参加，对被告人及其他人进行审问，其作用在于充实、巩固有罪的证据。因此，这种预审程序所形成的书面证据，是公判程序中支配判决的决定性的证据。在提起公诉时，检察官在提交起诉书的同时，将侦查卷宗、预审卷宗以及证据物一并移送法院。审判官在开庭审理时，以这些证据材料为基础，对被告人进行讯问，促使被告人承认审判官确认的事实。在此种审判中，讯问被告人是审理的中心内容，证据的调查仅仅是附带的内容而已。

现行刑诉法是"二战"后，以在美国支配下制定的日本宪法为根据制定的。它深受美国法的影响，在诉讼构造上大幅度地当事人主义化，但同时又保留了一些职权主义的因素。这一刑诉法废除了被当代日本学者视为日本刑诉制度历史"污点"的预审制度，对侦查、起诉、审判程序进行了多方面的改革。改革的基本方向是当事人主义化，根本目的在于保护被疑人、被告人的权利。据著名刑事法学家平野龙一的权威性概括，改革的主要方面为以下六点："第一，关于侦查中的强制处分，采取所谓令状主义；强制

处分的要件的存否、由审判官进行事前判断。第二，确认被疑人的沉默权，询问时必须予以告知。第三，确认被疑人的辩护人依赖权，并保障在没有见证人参加的情况下与辩护人会见的权利。第四，提起公诉采取只提交起诉状的所谓起诉书一本主义。第五，在公判中废除对被告人的讯问制度，确认被告人的沉默权。第六，原则上实行当事人提出的证据由当事人调查，法院提出证据和询问仅作一种例外；关于证据，采取传闻法则，未经当事人进行反对询问的供述证据，特别是侦查时侦查机关对第三人进行调查而记载其供述的调查笔录的证据能力被大幅度限制；公判以口头的供述证言为中心，进行直接审理"。① 这一概括无疑是准确和精辟的。另外，从诉讼构造的角度来看，除了上述各点外，还可以看到其他改革要点。这就是，第一，赋予被告人及其辩护人在实行强制处分和侦查行为时享有在场权，在审判前享有请求审判官证据保全权；第二，在起诉程序中，实行起诉便宜主义，赋予检察官一定的自由裁量权；第三，在法庭审理中，引进英美法中的交叉询问规则。

从以上日本新、旧刑诉法发展变化的比较中可以看出，现行刑诉构造不仅仅是当事人主义与职权主义的结合，其主要倾向是当事人主义。

（二）日本刑诉构造的主要特点

现以日本主要诉讼程序为考察对象，分别阐述当事人主义与职权主义的表现和份量。

1、关于侦查程序

（1）当事人主义的因素

①赋予被疑人、被告人委托辩护人的权利，而且，刑诉法第39条第1项规定："身体受到拘禁的被告人或被疑人，可以在没

①平野龙一著《刑事诉讼法概说》第8页，东京大学出版会。

有见证人参加的情况下，与辩护人或由能够选任辩护人的人所委托的辩护人，进行接见、或授受文件或物件”。日本学者认为，这项权利是被疑人在侦查中进行防御的最基本的权利。

②根据日本宪法第38条关于“不得强制任何人对自己作不利的供述”的规定（日本学者称此权利为“拒绝自己负罪的特权”或“宪法上的沉默权”。），被疑人对于检察官、检察事务官以及司法警察职员的讯问调查，有权保持沉默，拒绝作违反自己意思的供述。

③为了避免不当的拘禁，被疑人、被告人有权进行准抗告，请求告知羁押理由，请求取消羁押，申请停止执行羁押和请求返还被扣押物件等。

④赋予被告人、辩护人审判前的诉讼在场权。刑诉法第113条第1项规定：“检察官、被告人或辩护人，在执行查封票或搜索票时可以在场”。第157条第1项规定：“检察官、被告人或辩护人，可在询问证人时在场”。第170条规定“检察官及辩护人可以在鉴定时在场”。

⑤被疑人及其辩护人实际上享有一定的侦查权。虽然刑诉法并没有具体规定被疑人及其辩护人方面的侦查权，但其基本精神——诉讼由当事人主导，诉讼证据主要由当事人提出和调查，决定了被疑人及其辩护人为了提供有利己方的证据和对其进行调查以使审判官加以确认，故有必要进行侦查、收集证据。因此，在司法实践中，这种侦查活动是被法律保护的。在学理上，日本学者认为：“侦查机关也应收集对被疑人有利的证据。但侦查机关的侦查在这方面是不充分的。因此，与其相对抗的被疑人、辩护人方面，有必要进行独立的侦查，以确保证据”。[1]不过，在收集证据上，被疑人和辩护人无权进行强制处分。

[1] 铃木茂嗣著《刑事诉讼法》第85页，青林书院。

⑥赋予被疑人、被告人及其辩护人请求审判官进行证据保全的权利。第179条第1项规定:“被告人、被疑人或辩护人如不预先保全证据就会在使用证据上遇到困难时,在第一次公审期日前为限,可以请求审判官作出扣押、搜索、勘验、询问证人或鉴定等处分”。对于这种处分所形成的笔录或收集到的证据物,辩护人经法院同意可进行阅览和抄写,被疑人、被告人在没有辩护人的情况下,经法院许可也可进行阅览(第180条)。

(2)职权主义的因素

检察官与司法警察在侦查中的诉讼地位和协助关系,决定了他们的优势地位,刑诉法虽然不否认被疑人及其辩护人方的侦查,但明文规定侦查机关是法律上享有侦查权的主体,即司法警察职员、检察官和检察事务官。这种由检察官和警察合为一体的侦查机关,在侦查中享有一系列侦查权 有权通过审判官的批准,对被疑人实施逮捕、羁押、搜索、扣押等强制处分;有权不经法院批准,进行勘验、鉴定。另外,关于二者的关系,刑诉法规定,司法警察职员进行初步侦查,即在发现犯罪时,立即侦查犯罪人和收集证据;检察官进行补充性、补正性的侦查。而且,检察官在认为必要时,可自行侦查;检察官为了保证公诉的提起,有权对警察的侦查活动进行一般性指示(第193条第1项)以及一般性指挥(第193条第2项),因而二者在原则上是协助关系(第192条)。虽然被疑人及其辩护人在侦查中也享有一系列的诉讼权利,但与检察官和警察相比,毕竟是有限的。为了改变这种侦查构造,日本有学者已发展了传统的认为由法院(拥有强制处分决定权,裁方)、侦查机关(控方)、被疑人及其辩护人(辩方)三方构成侦查构造的观点,[1]提出由检察官(裁方)、司法警察职员(控方)、被疑人及其辩护人(辩方)三方构成侦查

①团藤重光著《新刑事诉讼法纲要》(修订本)第213页。

构造的观点。[1] 其目的就在于消弱检察官与司法警察职员之间的协助关系，使检察官在侦查中诉讼地位中立化，而具有准审判官的身份。

关于日本侦查构造的属性，平野龙一教授认为是弹劾式与纠问式的混合形态。[2] 有的学者则认为，就基本方面而言，仍属当事人主义，其基本论据就是强制处分的主体是审判官，实行令状主义和保障被疑人的沉默权，禁止将其作为侦查对象。[3]

2、关于起诉程序

(1) 当事人主义的因素

① 起诉便宜主义

日本在旧刑诉法以前，没有关于起诉便宜主义的明文规定。不过，在司法实务中，为了减轻国家的财政负担，在明治以前实行"微罪不检举"制度。旧刑诉法在此问题上深受当时德国的影响，在实行起诉法定主义的同时，规定："根据犯人的性格、年龄及境遇、犯罪的情节以及犯罪后的情况，在没有必要起诉时，可以不提起公诉（第 279 条）。现行刑诉法，从形式上看，除了增加应考察犯罪的轻重（第 248 条）外，与旧刑诉法相似，但实际上是不同的。因为现行法是把起诉便宜主义作为起诉的基本原则的。[4] 在实践中，不起诉在相当程度上被运用，而判断起诉与不起诉的情况，也远比法条丰富，包括犯人的性格、年龄、前科、履历、常习性的有无、家庭状况、生活环境、保护者的有无、犯罪的动机、手段、方法、法定刑的轻重、被害人的多寡、与被害人的关系、是否对被害人进行了赔偿、被害人的心情、犯罪的社

---

1 见石川才显论文"侦查中检察的机能"研修法学第3 1号（昭和49年）

2 平野龙一著《刑事诉讼法》第83页，有斐阁

3 铃木茂嗣著《刑事诉讼法》第55—56页，青林书院。

4 参见平野龙一著《刑事诉讼法概说》第80—81页，东京大学出版会。

会性影响、社会情势的变化、犯罪后经过的年数等等。实践中不起诉率，根据犯罪种类的不同而有很大差异，就全部刑事犯而言，不起诉率约占可能起诉人员的30%。[①]

另外，现行刑诉法承认在第一审判决前取消公诉（第257条）。取消公诉由检察官作出放弃公诉的决定（刑诉规则第339条第1项第3号）。一经决定，除了对原公诉的犯罪事实发现了新的重要的犯罪证据外，对同一事件不得再提起公诉，即所谓起诉变更主义。

②起诉书一本主义

如前所述，旧刑诉法不采取起诉书一本主义，现行刑诉法采取此主义，是在起诉程序中引进英美当事人主义的一个重大变革。刑诉法第256条第2项规定："起诉书应记载下列事项：(1)被告人的姓名或其他足以特定为被告人的事项；(2) 公诉事实；(3) 罪名。"公诉事实应记载"诉因"，指明犯罪时间、地点和方法等事实；罪名则须记载适用的处罚条文，以便被告人进行防御。可见，起诉书只能记载法定的事项。该条第6项规定："起诉书不得添附可能使审判官就案件产生预先判断的文书及其他物件，或引用该文书等的内容"。如果违反起诉书一本主义，公诉便无效(第338条第4号)。而且，根据判例解释，这种无效应当是"治愈不能"，[②] 即彻底无效，无法补救以重新公诉。判例还明确解释，被告人的前科，因可能引起审判官的预先判断，故在起诉书中不得记载。在司法实践中，一般也不允许记载被告人的学历、经历、性格以及犯罪动机等情况。

由此可见，日本所实行的起诉书一本主义是非常严格的，它

①铃木茂嗣著《刑事诉讼法》第90页，青林书院。

②昭和27年3月5日最高裁判所大法庭判决。见《最高裁判所及大审院刑事判例集》第6卷第3号第351页。

包括两个方面的禁止。一是当然地禁止检察官向审判官移送侦查中形成的笔录和收集的证据物；二是禁止在起诉书中记载可能引起审判官预断的内容。

国内对日本的起诉书一本主义有一种看法，认为它有一定的益处，同时又有它的不足之处。认为："由于贯彻起诉书一本主义，使被告人的辩护人在开庭前不能通过阅卷了解控诉的证据，从而不能针对控诉准备辩护，这又是对被告人不利的方面"。[1]其实，这样认为并不准确。日本的起诉书一本主义，有它配套的制度，日本学者称其为"检察官证据展示制度。"日本刑诉法第299条规定，检察官预定进行证据调查时，必须向被告人方提供了解证人姓名、住所的机会和阅览证据物、证据笔录的机会。刑诉规则第178条之六第1项第1号规定，检察官预定提出调查请求的证据物、证据笔录，在第一次公判期日以前，必须允许被告人方阅览。另外，刑诉规则还规定，检察官有向被告人方说明起诉事项的义务。该规则第178条之六第3项第1号规定，作为第一次公判期日前当事人应当进行的事前准备的一环，检察官为了使被告人、辩护人明确把握起诉书记载的内容，为了阐明事件的争论点，在被告人方要求释明事项时，必须满足。日本学者们认为，在第一次公审前向被告人及其辩护人展示证据物和证据笔录，是检察官作为法律监督者而不是作为当事人一方，所必须履行的法定义务。司法实务表明，检察官是基本切实履行这一义务的。因此，就一般情况而言，由于有检察官证据展示制度的保障，贯彻起诉书一本主义并不会使被告人方无法了解控诉证据而不利辩护。当然，在个别案件中也存在检察官不依法履行义务的情况。对此，日本的判例的倾向是一方面坚持法定的证据展示制度，另一方面又主张法院不能命令检察官展示证据，因为认为没

---

[1] 高校文科教材《外国刑事诉讼法学》第383页，北京大学出版社。

有进行这种命令的法律根据。[1] 不过，应当注意到，这种现象在日本司法实践中并不多见，否则必然会引起学者们的重视。关于证据展示制度，学者们目前所研究的主要问题不是检察官是否依法履行义务，展示预定调查的证据的问题，而是检察官是否展示非预定调查的证据问题。[2] 也就是说除了法定应当展示的证据外，其他证据是否应当展示。这表明，在日本，实现法定的证据展示制度已不成问题，学者们的注意力已转向是否应当对这一制度的内容进行扩大的问题上了。

(2) 职权主义的因素

这主要表现在对检察官起诉裁量权的限制上。

日本起诉程序原则上实行起诉便宜主义，但是为了防止作为当事人一方的检察官滥用起诉权力（起诉便宜主义与国家追诉主义相结合，存在着滥用起诉权的危险），又用有关制度加以限制。

一是"检察审查制度"。此项制度是 1948 年根据检察审查委员会的规定建立的，以便反映公众对行使检察权的意见，现有 207 个委员会，每个地方法院管辖区域内至少有一个。委员会由十一人组成，他们是从众议院选举人中用抽签方法选出来的。根据申诉人的申请或者委员会自己的决定，委员会复查检察官不起诉的决定是否正确。如果委员会认为检察官的决定不正确，可以提请他重新考虑。虽然委员会的决定没有拘束力，但只要地方检察厅检察长认为委员会的决定有足够的根据，他就可以提起公诉。在实践中，检察长对委员会认为应当起诉的案件重新审查的结果表明，依照委员会的决定而起诉的平均比率，在 1972 年至

---

[1] 昭和34年12月26日最高裁判所判决。见《最高裁判所及大审院刑事判例集》第13卷第 13 号第 3372 页。

[2] 参见石川才显论文"证据展示"，《刑事诉讼法的理论与实务》，判例时报社。

1976年五年中约为22%；起诉的结果，在这五年中宣告无罪的比率仅为6.5%。[1]

另一个制度是所谓“交付审判制度”，也称“准用起诉程序”。告诉人或告发人对滥用职权罪及公安调查官滥用职权罪，不服检察官作出的不提起公诉的处分，可以请求法院审理该案。如果法院不驳回请求时，应当从律师中指定对该案件担任支持公诉的人，然后进行审理。可见，这一制度与原联邦德国在起诉中实行的被害人不服不起诉或撤诉而申请法院裁定的制度非常相似，其实质是通过有关人的请求，由法院对检察官的起诉权加以职权限制。因此，可以说这是日本起诉中的职权主义的表现。

3、关于审判程序

(1) 当事人主义的因素

关于审判的形式问题。日本刑诉规则第199条第1项规定“关于证据调查，首先由检察官对认为于审判有必要而请求调查的证据进行调查，结束后，由被告人或辩护人对认为于审判有必要而请求调查的证据进行调查”。如果有必要，即使这种证据调查结束后，也可以再就检察官请求调查的证据，被告人或辩护人请求调查的证据，先后进行调查（同上条，第2项）。可见，调查证据的顺序一般是由当事人双方依次进行。关于调查证据的范围，检察官首先必须请求调查认为审判案件上有必要的证据（刑诉规则第193条第1项），而且，必须是请求调查的所有证据，以防止在审理中突然提出，对被告人方搞突然袭击。之后，由被告人和辩护人提出请求调查的证据（同上条，第2项）。可见，证据调查的范围可由双方当事人请求确定。关于证据调查的方法，则根据当事人所提出的证据种类的不同而不同。当事人请求询问证人、鉴定人时，须提出记明其姓名以及住所的书面材料，

①“日本刑事审判概述”，《法学译丛》1981年第4期。

按询问证人的方法调查；如果提出调查书面证据时，则必须提出记载目录的书面材料，以朗读或出示的方法进行调查。

关于审判的内容。这主要指对于审判中最常见的证人证言和鉴定结论的调查。日本直接引进了英美当事人主义式的交叉询问。刑诉规则详细规定了这一规则，即主询问、反询问、再主询问、再反询问，再再主询问等。另外还对询问的具体方法进行了法律规制，这些方法包括一问一答式和讲故事式、不相当的询问及供述式（包括诱导询问、误导询问、议论询问、直接体验事实式询问、传闻供述式询问、征求意见式询问、重复式询问）。日本实行交叉询问以后，被询问的证人人数增加了。以 1938 年为例，那时的比例是每 5 个案件传讯 1 个证人。实行现行刑诉制度后，每个案件平均询问 1.5 个证人。再者，即使在被告人供认不讳的案件中（绝大多数这类证人似乎是被传唤来证明某些对于量刑有影响的减轻情节的），大约每案询问 1 个证人；在被告人矢口否认自己犯罪的案件中，每案大约平均要询问 7 个证人。另外，实行交叉询问使询问的比率大幅度上升。根据 1950 年至 1968 年实行询问制度的统计，1950 年约 80%，此后几乎每年增长，1967、1968 年竟高达 99%。① 这一情况表明，实行交叉询问，使法庭审理中的直接、口头、辩论原则得以贯彻。

(2) 职权主义的因素

关于审判的形式。日本刑诉法第 214 条规定："在公审期日的诉讼指挥，由审判长执行。"第 297 条 1 项规定："法院可以听取检察官和被告人或辩护人的意见，决定调查证据的范围、顺序和方法。"第 3 项规定"法院在认为适当时，随时都可以听取检察官和被告人或辩护人的意见，变更按照第一项的规定所确定的调查证据的范围、顺序和方法"。

---

①"日本刑事审判概述"，《法学译丛》1981年第4期

关于审判的内容。刑诉法第298条第2项规定："法院在认为必要时，可以依职权调查证据"。第299条第2项规定："法院在作出依职权调查证据的裁定时，应当听取检察官和被告人或辩护人的意见"。第295条规定："审判长在诉讼关系人现在的询问或陈述和已经作过的询问或陈述相重复时，或涉及与案件无关的事项时或有其他不适当的情形时，以不损害诉讼关系人的本质性的权利为限，可以加以限制。关于诉讼关系人要求被告人供述的行为亦同"。

另外，刑诉法第309条第1项规定："检察官、被告人或辩护人关于调查证据可以声明异议"。对于当事人提出的异议，审判长必须毫不迟延地作出决定（刑诉规则第205条之三）。

以上表明，在审判程序中，审判长有权在征求当事人意见后，依职权对审判的形式和内容问题作出决定或处分。这是与英美当事人主义庭审中法官的消极立场截然不同的。

（二）对日本刑诉构造的评价

通过上一节对英美当事人主义与德法职权主义的诉讼构造的比较，已得出结论：当事人主义有其充分发挥当事人双方在诉讼中的主导作用，使被告人由此获得了更多的切实自我保护的机会，从而有利于防止刑事诉讼发生冤错的优点，但同时又有其过分由当事人支配诉讼，忽视法官所应有的制约作用，从而使刑事诉讼侧重于保护被告人而使其应有的惩罚犯罪的功能不能充分发挥的缺点；职权主义则有其充分发挥国家专门机关在诉讼中的主导作用，从而有利于提高刑事诉讼惩罚犯罪的效率的优点，但同时又有其消弱当事人的诉讼地位，限制被告人的诉讼权利，从而使刑事诉讼侧重于惩罚犯罪，不利于切实有效地保护被告人的缺点。因而笔者认为，扬二者之所长，弃二者之所短，并将二者的长处有机地加以结合，应当是一种比二者更为合理的诉讼构造。现在，通过考察日本的刑诉构造，也可以得出结论：日本以当事

人主义为主，职权主义为辅的诉讼构造一方面重视国家专门机关在诉讼中的地位，强调发挥审判官的诉讼积极性，从而使刑事诉讼所应有的惩罚犯罪的功能得以有效地发挥。另一方面，强化当事人在诉讼中的地位，赋予被告人一系列诉讼权利并通过各种程序和制度保证其得以实现，从而使刑事诉讼能够切实地保护被告人，防止冤错。因此可以说，这一诉讼构造是集当事人主义和职权主义之大成的构造类型，是值得当事人主义构造类型和职权主义构造类型借鉴的模式。

在侦查程序中，日本现行刑诉法为了使被疑人的地位由旧法时期的侦查的对象，上升为侦查程序的主体，成为与检察官相对的当事人一方，赋予被疑人及其辩护人一系列诉讼权利。被疑人的沉默权，使旧法时期对被疑人的纠问成为历史；被疑人的辩护人委托权，特别是与辩护人的不受第三者监视的交往权，使其摆脱了孤立、恐慌的处境，获得了渴望的援助，同时也为辩护人的辩护活动创造了有利的条件。

被疑人及其辩护人在强制处分和侦查行为时的在场权，使他们能够一方面由此直接了解案件的证据材料，以便于进行防御性的诉讼活动。另一方面监督侦查机关的侦查活动是否合法，以便对不当的强制处分和侦查行为提出准抗告，请求取消或停止羁押，请求返还被扣押的物品等。这些诉讼权利，使得被疑人及其辩护人在侦查中能够切实地进行辩护或为公审进行必要的准备。日本现行刑诉法在此问题上对旧法制度的扬弃，是值得我们深思的。当然，侦查活动就其主要方面而言，是国家专门机关查明犯罪的有无和罪行的轻重的活动，因而与审判程序相比，有其一定的特殊性。因此，日本刑诉法使侦查机关能够有力地实施强制处分和侦查行为。就这一点而言，与德法职权主义并无大的差别。另外，为了保证侦查活动的合法性，仅有检察官以及被疑人、辩护人的制约是不够的，因而法院直接掌握了侦查中的强制处分决

定权。日本的这一做法，与英美和德法都相似，我们有必要对此加以研究。

在起诉程序中，实行起诉便宜主义，同时又通过民众机构和特定的个人，由检察长和法院对检察官的起诉裁量权加以限制，使起诉程序一方面防止不必要判刑的人进入审判，贯彻了刑罚个别化原则；另一方面防止滥用起诉权而放纵犯罪，贯彻了罪刑相适应原则。实行起诉书一本主义，同时又建立了检察官证据展示制度，一方面防止审判官公判前和公审中的预断，防止检察官在公判中获得优势地位，使当事人双方在法庭上平等辩论成为可能；另一方面防止被告人及其辩护人不能阅卷而不利辩护，使辩护活动得以切实有效地展开。因而，这种日本式的起诉书一本主义不仅从形式上，而且在实质上贯彻了当事人主义，这是英美法中的起诉书一本主义所不及的（在美国，由于有罪状认否程序，检察官所掌握的证据常常成为其与辩护人进行控辩交易的资本，因而，虽然联邦地方法院刑诉规则规定检察官应向辩护人展示被告人供述笔录以及通过强制程序收集的证据物，但在实践中辩护人常常难以在起诉后立即了解检察官所拥有的全部证据）。因此，日本的这种做法是值得我们学习的。

在审判程序中，一方面重视当事人的权利和地位，由当事人举证和请求证据调查，并实行当事人交叉询问规则；另一方面又强调审判官的指挥权和决定权，以及主动收集证据和主动进行证据调查的权力。这样便一举克服了英美当事人主义庭审中当事人得以肆意争辩的弊端和德法职权主义庭审中辩护人难以充分辩论的弊端，既保证了庭审的公正，又保证了庭审的效率。因而，这也是值得我们借鉴的。

当然，日本刑诉构造也有其不足。在侦查程序中，被疑人及其辩护人的侦查或调查是十分有限的，主要是对证人的调查和对有关案件的情况进行一般性了解。其原因一是刑诉法对这种诉讼

活动并不关注，因而未规定他们在此问题上的具体权利和有关限制；二是在实践中，辩护律师的侦查或调查能力和精力有限，而日本又是一个私人侦探制度很不发达的国家。虽然刑诉法规定，在公判前被告人、被疑人或辩护人有权请求法院进行证据保全，但实践中他们几乎不进行这种请求。据日本学者认为，这也许是因为他们对此并不热心。因为他们有限的侦查或调查，常常使他们难以清楚地了解哪些证据对反驳控诉证据有用。而且会耽心如果请求了，法院收集到对己方不利的证据。[1] 可以说，这种状况对日本侦查活动的准确性和被疑人及其辩护人在侦查中的诉讼活动的有效性是有一定影响的。就日本的法制水平和人权状况来看，这是需要完善的。再者，关于检察官证据展示制度。虽然在实践中，检察官不履行展示义务的情况是少数，但刑诉法对不履行法定义务的行为没有强制性的规定，而判例也基于形式上的当事人主义对抗性而对此问题持消极态度，这不能不说是证据展示制度的不完备之处。另外，日本学者所关注的检察官应否展示非预定请求调查的证据的问题，也是需要刑诉法或判例加以明确的问题。

①参见平野龙一著《刑事诉讼法概说》第119页，东京大学出版会。

在我国，连刑诉法学者也不得不承认，刑诉法是为作为实体法的刑法服务的，而刑法的基本内容就是定罪量刑。

整个刑诉法实际上是由“驱动性”规程和“障碍性”规程构成的。“驱动性”规程当然旨在惩罚犯罪、实现刑法，那么“障碍性”规程基于何种目的呢？

再者，在刑法之外，刑诉法到底有没有或者是否应该有纯属程序法的追求？

第四章　刑事诉讼的目的与构造

前章所述“刑诉构造的基本类型”是立足于诉讼构造的形式，对国外基本类型所作的介绍和评价。一定的诉讼构造是由一定的诉讼目的所决定的，因而在考察了作为刑事诉讼表层的构造问题之后，探讨作为刑事诉讼深层的目的问题则是必要的。本章拟就国外有关诉讼目的理论和我国的诉讼目的问题进行介绍和探讨。

自本世纪六十年代以来，美国和日本学者对刑诉目的的研究逐步深入，形成了许多学说，故介绍国外的理论，主要着眼于美国和日本。我国学者对刑诉目的问题虽尚未系统研究，但其他理论则有所涉及。因而本章在探讨我国刑诉目的时，将评介我国的有关理论。

一、美国刑诉目的的主要理论

美国学者在研究刑诉模式时，总是要探讨模式背后的价值理念问题，故在不同程度上论及刑诉目的问题。从本书第二章对美

国刑诉模式学说的介绍中可以看出，戈德斯坦的弹劾模式与纠问模式学说对诉讼目的问题的研究尚不深入，而达马斯卡的职权纠明模式与当事人抗争模式学说、阶层模式与同位模式学说在此问题上，则有着精辟的论述。不过，在较深层面上进行系统研究的，还是帕卡的犯罪控制模式与正当程序模式的学说。另外，格里费斯的争斗模式与家庭模式学说从帕卡学说的反面探讨了诉讼目的问题，也是值得我们注意的。因此，这里将着重介绍帕卡和格里费斯的模式学说中有关刑诉目的的理论。

（一）帕卡关于犯罪控制模式与正当程序模式的价值理念的理论

帕卡在其专著《刑事犯罪制裁的界限》中，在全面探讨了犯罪控制模式与正当程序模式在各个刑诉程序中和各主要刑诉问题上的具体对立之后，进而研究了两种模式对立的根源——两种不同的价值理念。这里分别简要介绍。

1、犯罪控制模式的价值理念

帕卡认为，犯罪控制模式的价值体系的基础是，“控制犯罪绝对为刑事诉讼程序最主要的机能”。据此，他认为这一模式有以下几个基本价值理念。

（1）刑事诉讼以“效率”（efficiency）为目标与评价标准

犯罪控制模式认为高度的效率意味着高度的打击犯罪率。在刑事程序的各个阶段中，如过滤涉嫌人、收集与调查证据、决定有罪与否、执行刑罚等，均须符合效率。所谓效率，是指整个刑事诉讼制度对犯罪者实施逮捕、审判、判决、处刑均达到高度百分比之能力。为了达到惩罚犯罪的高效率，刑事程序必须注重“速度”（speed）与“判决之终局性”（finality）。速度依赖于非正式的程序与机械化作业，而要实现判决的终局性则须设法减少被告人上诉的机会。换句话说，刑事诉讼不应拘泥于程序而减缓、阻挠案件进行的速度。要发现事实真相，由警察担任讯问工

作比在正式程序中由当事人双方交叉询问更能达到目的。因此，正式审判程序之外的非正式程序应当受到重视。依此设想的程序有如工作生产线的输送带，将各个案件依次输送到每个装配站进行过滤，其生产是否成功，则由各个阶段的运作能否促使案件迅速解决以达最高生产量而定。

(2)“有罪推定”（presumption of guilt）贯穿于整个刑事诉讼程序

帕卡认为，此模式非常信任行政的与官僚的侦查起诉程序，对于该程序中主要的运作者——警察与检察官所为的种种判断，给予相当肯定的支持与评价。因此，他们在刑事程序早期阶段，对于涉嫌人无辜或有罪的判断，对其后数阶段的参与者，往往有不可忽视的影响力。被判断为无辜者虽被过滤而从程序中排除，而被判断有罪的人往往基于此种“有罪”的预见，无阻地通过各阶段而被判有罪。换句话说，要消除犯罪，刑事程序必须顺利迅速，速审速决才有威慑作用，而迅速有效处理案件的关键就在于“有罪推定”。警察和检察官在侦查、起诉程序中认为被告人有罪，那么此后的各阶段程序则均基于“被告人很有可能有罪”的偏见而运作。应该注意的是，此种偏见并非对某种事物、对通常意义之法律规则的错误，而是一种态度的错综，一种情绪（a mood)的结果。既然此模式非常信任侦查和起诉程序中形成的有罪判断，那么此后的程序就无须再浪费太多的人力、物力，仅通过相当机械、简单的程序便可解决案件。对此模式的有罪推定可作一结论：在整个程序进行之中，由于警察和检察官所进行的预备性的过滤程序（preliminary screening process），对事实的真实性已有结论，而其有罪的判断具有相当的可靠性，抑制犯罪的目标经由相当简易的程序便可达到，同时又可保证办案的效率。因此，刑事诉讼制度的重心并非正式的审判程序，而是非正式程序——侦查和起诉程序。

(3) 信任国家官员权力的运作

此模式的第三个价值理念是，对国家官员与官僚组织权力运用的限制应尽量予以减少。因为寻求与维护法律秩序，主要依靠行政的发现事实程序，而此程序的运作参与者——警察与检察官，不仅具有丰富的侦查经验与知识，而且是对付日益猖獗与老谋深算、狡诈的犯罪者的最佳人选，因此必须赋予他们广泛的权力。如果制定各种程序规则，约束他们，势必使其活动事倍功半，致使犯罪更加猖狂。即使他们的活动有滥用权力或专横擅断的问题，以行政处分惩戒或刑事制裁处理即可，也不必因此而释放有罪的被告人。警察处在对抗犯罪的第一线，其活动难免有错，而这种错误应当认为是善意或过失所致。如果因此而抹煞其工作成果，并给予负面评价，将大为打击他们的士气，给人造成一种不可从事控制犯罪的工作的印象。更重要的是，虽然错误可能使程序减少真实性，但如果因此而使太多的犯罪人逍遥法外，则会导致刑法统制机能归于失败。所以，此种模式可以容忍的是禁止非法逮捕、不合理搜索、强制侦讯(coercive interrogation)等种种规则，而不能容忍的则是在刑事诉讼程序中采取“排除非法取得的证据，并撤销依此等证据所作的有罪判决”的规则。

2、正当程序模式的价值理念

帕卡认为，如果说控制模式为一条生产装配线的话，那么正当程序模式则可说是此线上阻挠被告人迅速通过下一装配站而终结案件的种种关卡。虽然如此，正当程序模式的价值理念并非与控制犯罪模式完全相反，其基础并不是建立在“控制犯罪非社会所欲”的概念上。其价值系统是由一群理念组成的，其中有些是对控制模式所主张理念予以批评而引发的，有些则是基于完全不同的考虑而产生的。一般而言，此模式比起控制模式，在正式法律结构上有更深刻的认识。

(1) 对于“非正式的与非裁判性质的发现事实程序”强调其发

生错误的可能性

此模式认为被讯问人在警察局所进行的自白（confession）或自认（admission），很可能是警察对其身体或精神进行强暴、胁迫而取得的，被讯问人因此所陈述的是警察所欲听取的，而非事实真相。证人除了自觉有保护被告责任者，如家属、亲朋好友外，一般而言，或不欲漏露真相，或仅有模糊含混的记忆，无法确定所发生的事实如何，而警察通常也不会站在被告这一方。这种种因素均反映出控制模式所主张的非正式的、行政的发现事实程序的不可信任与产生弊端的可能性，同时也使人们趋向于主张正式的审判程序的必要性。因此，此模式认为详细审查（scrutiny)是不可或缺的一项手续。当然，诉讼效率的考虑也有其必要性。但是为达效率而不择手段，只求迅速获得有罪判决，绝非发挥刑法统制社会机能的唯一途径。另外，关于真实性与效率之间的关系，该问题的关键是"何种程度的真实性方是符合效率的"？此模式认为刑事程序对于保护无辜者与使事实有罪者得到有罪判决这两个方面，应同等重视。如果以工业技术上的品质管制来比喻，品质瑕疵能被容忍的程度，由该产品所须符合预定标准的程度如何而定。此模式主张应注重品管，从而自然地减弱了产量的重要性。

(2) 以"个人主义"为基础，主张限制国家官员的权力运用

此模式基本上着眼于"个人第一"（the primary of individual）的理念。因此，当面临个人与社会、国家之间的冲突时，则选择"限制政府官员权力"一途。此模式认为刑事诉讼程序运用的结果，将使自由的丧失与个人耻辱相结合，并以刑事制裁的形式具体加以体现，故可视为国家施加予个人最严重的权益剥夺。而权力本易流于滥用，在其他场合，此种滥用可能是微妙的或默然的出现，而在刑事程序中，由于个人与国家地位、能力的悬殊，权力的滥用是以公开的、令人厌恶的方式进行的。再加上刑事程序

中个人服从国家强制力的性格是无法避免的。因此，为贯彻“个人第一”主张，对于权力的运用必须有所控制，以避免其以最大的效率运作而产生更多滥用权力的机会。因为，最大的效率即意味着最多的暴行。

(3) 奉行“无罪推定”(presumption of innocence)

无罪推定意指在合格审判者正式审判有罪前，对于涉嫌人(或被告)应以一种“在证明与判决有罪前，他是完全无罪的、与一般人相同”的态度对待。无罪推定提供了如下机能：强制国家在审判程序中必须证明被告有罪，否则即应将被告释放，给予个人的尊重。基于此项理念，必须运用各种程序规则与法律规范，防止国家任意运用刑罚权，尤其是防止警察与检察官在审判前基于有罪推定而滥用职权，由此便提高了被告人获得有利判决的机会。由于被告可能事实上有罪而法律上无罪，因而必须使其有提出适当的防御方法的机会，以显示其确有获得法律上无罪的资格。同时，由于法律上无罪的可能性的存在，审判者即便信任侦查程序中行政官员们侦查判断的结果，仍将具体适用种种预防与阻挠权力滥用的规范，以决定被告是否有罪责。因此，此模式主张对于犯错的警察或检察官，应由刑事诉讼程序本身实施制裁。例如，证据排除法则的适用即为一项，从而使非法取证者感受相当压力，而愿意遵守规则。

(4) 平等 (equality) 的观念

正当程序模式主张，平等是影响国家官僚行为最有力的规范。因为在事实上，被告之间的资力存在相当差异，以至于在实际审判程序中，所谓有效防御乃指被告所有资源集中发挥之功效，贫穷者因此被排拒于防御之门外。如何解决程序中此种不平等问题，此模式并不坚决主张，国家应负责提供所有被告以完全平等的机会进行诉讼，而代之以提出如下观点：①对于因政府发动并可能因政府介入而导致被告严重损失的刑事程序，应科加政

府某种公共义务（public obligation），以保证不致因被告资力贫乏而摧毁其防御能力。平等规范在这方面，应防止因资力问题，成为被告主张权利的一种障碍。②如果某程序能提供某被告一些有效的防御机会，那么，平等规范就应保证其他被告也应享有同等机会，从而使被告之间的差别待遇减至最低程度。

(5) 重视辩护律师的机能

正当程序主张，刑事诉讼的关键在于辩护律师是否发挥其被期待的机能。因为此模式所设定的许多规范是否能被确实地遵守，辩护人的功效如何起着决定的作用。以被告的自白为例，在被告进行自白时，辩护人在场与否，使自白是否强制取得之争执极易避免与解决。同时，此模式认为在请求对违反规则的行为进行制裁时，辩护人的存在尤为必要，而科加刑事制裁如具有愈广泛的裁量权，辩护人这一角色对制裁适当与否就愈具有重要性。总之，此模式坚决主张辩护权的存在是监督刑事程序公平与否的重要要素，也是保护个人权益的具体表现。

(二) 格里费斯关于争斗模式与家庭模式的价值理念的理论

如本书第二章所述，格里费斯认为帕卡的犯罪控制模式与正当程序模式把国家与个人置于对立的关系之中，因而是争斗模式的两个分支，并提出了与帕卡模式相反的家庭模式——第三模式，这一模式以家庭中父母与子女之间的亲子关系为喻，强调国家与个人之间的和谐关系，提出不同的解决问题的模式，以下简介其价值观念。

1、处刑目的与“犯罪人”之概念

此模式认为，处罚在于求得犯错误者能够自我控制(selfcontrol)，而不是在于报应或预防未来的错误。刑法非以“报应”与“预防”为目的，处罚只是偶尔为之，并建立在“调和利益与爱”的基础上。在家庭中实施处罚，并不影响家庭成员之间的密切关系，因此处罚并非是件令人难以忍受的痛苦事情。刑法

之最佳效益应是在各人无法达到自我控制目的时，应由社会介入干预；而在不必要处罚时，国家与社会也就无介入之余地。处罚应是最后运用的纠正措施。

此模式认为，在帕卡的两个模式中，并未提及对犯罪人应有的尊重与关切。刑事程序因此变成了一项“降低身份与地位”的仪式。被告一经被判有罪，即被视为另一特殊团体的一分子。因此，家庭模式与争斗模式间最大的区别，莫过于后者把犯罪人排除在人际间的各项联系与关系之外。

2、信任国家官员权力的运作

此模式认为国家官员的权力行使是可以被信任的。但根据帕卡的理论，任何自由裁量权运用的结果，不是对国家有利，就是对被告有利，且权力滥用是必然的现象。此模式则认为，相信国家官员的权力行使，不要去过多地发现其滥用权力的事实，那么官员也将回报这种信任，尽量以公开及公平的方式行使职权；但如果基本上对官员采取不信任态度，反而发现在“合法性”的外表下，存在着不少权力滥用的事实。

3、辩护律师的重要性

如果刑事程序是项“战争”的程序，那么律师就应与控诉者从事种种可能的利益方面的协调，因而在此模式中，律师占有相当的重要性。在理论上，律师的职责在于全力保护被告的利益，兼顾正义的实现。而既然被告的利益取决于其是否事实上有罪，律师就必须谋求促使法院对此项问题圆满解决的途径。一个律师在家庭模式或调和的程序中所扮演的角色，与正当程序模式相比，有着同等的甚或更重要的地位。

4、对刑事程序教育功能的关切

此模式认为，刑事程序的实质功能，不仅是控制犯罪，还有其他功能。其中最重要的一项就是教育方面的功能。以“学生”代替“被告”，以“教师”代替“刑事程序”，反映出此模式所主张的刑

事程序的教育功能。

（三）评语

所谓价值理念，就是关于“应当是什么”（ought）的理性认识，从帕卡和格里费斯论述的刑诉中价值理念的内容来看，实际上是在讲刑诉所追求的“应当是什么”的问题。因此，可把二者的价值理念视为关于刑诉目的的认识。二者是围绕惩罚犯罪与保护被告人（包括无辜和嫌疑人）问题展开对刑诉目的的论述的。也就是说，论述的是刑诉的具体目的，而没有涉及根本目的。因而在此暂不对二者的认识进行阶级分析。

帕卡是以对立的观点来认识惩罚与保障之间的关系的。他分别论述了惩罚与保障背道而驰的诉讼趋向，特别是具体分析了这种对立在诉讼中的主要反映。应当认为，他的这种分析是深刻的。以惩罚犯罪为刑诉目的，往往重视办案效率，信任国家专门机关官员的权力运用，甚至会采取有罪推定。而以保障无辜和保障嫌疑人、被告人权利为刑诉目的，就会强调侦查程序的非正式性和不可靠性，而主张刑事诉讼以审判为中心；就会强调对国家官员的权力限制，奉行无罪推定原则，维护诉讼中的平等，重视辩护人的作用。帕卡的这种分析，对于我们认识片面地追求惩罚或保障而导致诉讼上可能存在的主要倾向，无疑是有启发意义的。但是，在帕卡看来，惩罚与保障的对立是不可调和的，这反映出他在诉讼目的上的片面性。惩罚与保障既有相互对立的一面，又有相互联系，相互依存的一面。以惩罚为主要目的的刑诉制度，也强调对国家官员的权力进行一定的限制，奉行无罪推定原则，使辩护人发挥一定的作用。而以保障为主要目的的刑诉制度，也会在某种程度上重视提高办案效率，这正反映了惩罚与保障之间的相互联系。因此，把刑诉目的分为惩罚与保障两个对立方面是适当的，但割裂二者的联系和包容，就是错误的了。

格里费斯的观点与帕卡正好相反。他主张的决定家庭模式的

刑诉目的，是对犯罪人和被告人的爱护和保护。撇开他超阶级地主张国家与犯罪人的父母、子女关系不谈，仅从刑诉目的上来看，便可知他实际上在确立刑诉保障目的的同时，抹煞了刑事诉讼必然拥有的惩罚目的。因而在他的刑诉目的观里，既没有惩罚与保障的相互对立，也没有二者的相互依存，而只有保障。他还主张刑诉中的教育目的，这是将刑诉目的与刑法中的刑罚目的相混淆了。刑诉的目的问题就是惩罚与保障的关系问题。"报应"、"预防"、"教育"等概念都属于刑罚目的理论的范畴。可见，格里费斯的刑诉目的论与帕卡相比，更显得绝对和片面。

二、日本刑诉目的的理论

日本关于刑诉目的以及关于刑诉目的与刑诉构造的关系的理论，如同其他刑诉重要理论一样，在现代经历了一个由大陆法向英美法靠拢，并逐步形成其特色的发展变化过程。

（一）关于刑诉目的的理论

日本学者研究刑诉目的问题，大致经历了三个阶段。开始是坚持实体真实主义，后来是强调实体真实主义与正当法律程序的统一，发展到现在是揭示二者的对立，主张坚持正当法律程序。

关于实体真实主义，正如松尾浩也所述："实体真实主义的观念，来自德国法学，其后在日本刑事诉讼理论中占有牢固的位置。对此观点的深浅程度掌握得如何，将直接影响对整个刑事诉讼法的理解，这样说并不过份。"[1] 实体真实主义是德国刑诉法的基本原则，即使到了现代也是如此。例如，被日本学者引用来说明这一点的联邦刑诉法第244条规定："为了查明事实，对于在审判上有意义的一切事实及证据，法院应以职权进行调查"。而在美国，"如问到是否有实体真实主义这句话时，就不得不回答，

1 松尾浩也《刑事诉讼的原理》第92页，1973年版。

美国法学原本就不知道这句话。这就象美国法的 Due process of law（正当法律程序）在德国找不到相对应的概念一样。……那么，代替它成为美国刑事司法主要支柱的是什么呢？这就是所谓正当法律程序的概念"。[1]

日本学者起初从理论上概括刑诉目的，仅根据日本刑诉法第1条规定，因而得出了实体真实主义为刑诉目的的结论。这一主张的代表人物是团藤重光。他指出："第1条规定的'查明案件的事实真相，准确适用刑罚法令'，是有关实体方面的目的；'迅速地适用刑罚法令'是有关程序方面的目的。通过实体面与程序面，达到维护公共福利和保障个人的基本人权的要求。"[2] 这里虽提出了"程序面"，但其含义仅停留在法条的"迅速"上，还不能据此推论出正当法律程序。可以认为他所说的刑诉目的，主要是指实体真实主义。这一点在他关于证据法的有关论述中更能反映出来。他认为，"证据法的根本指导观念是实体真实主义。第1条之所以规定'查明案件的事实真相'，即是此意。"[3] 另外，小野清一郎指出："所谓实体真实主义，是历来刑事诉讼法所强调的原则。在新刑事诉讼法中，尽管加强了辩论主义，但这个原则本身仍必须予以维持。"[4] 这反映出他认为实体真实主义与辩论主义（或称为当事人主义）并不矛盾的观念。岸盛一认为："处罚了无辜者，却使真正的有罪者毫无理由地逃脱了惩罚，这不仅是被告人个人的利害问题，也是国家、社会极其关心的问题。因此，在刑事诉讼法上，必须经常地发现实体真实。"[5] 可见，岸盛一的实体真实主义观念，是既包括惩罚犯罪的内容，也包括保护无辜

[1] 松尾浩也《刑事诉讼的原理》，第93页，1973年版。
[2] 团藤重光《新刑事诉讼法纲要》，第28页，七订版。
[3] 团藤重光《新刑事诉讼法纲要》，第209页，七订版。
[4] 小野清一郎《刑事诉讼法概论》，第146页，1954年版。
[5] 岸盛一《刑事诉讼法要义》上，第3页，1961年版。

的内容。而直接反映出这种观念的则是对实体真实主义本身的划分，即所谓积极的实体真实主义与消极的实体真实主义。这种划分也来自德国。正如平野龙一所述："实体真实主义，也有积极和消极的。凡是出现了犯罪，就一定要发现它、认定它，并力求无遗漏地加以处罚，这是积极的实体真实主义。而所谓消极的实体真实主义则力求避免处罚无罪者。"[1]高田卓尔认为："现行法是把重点放在消极的实体真实主义方面上的。"[2]

美国六十年代的正当法律程序革命，给日本带来了深刻影响。此后，日本学者在探讨刑诉目的时，已不再局限于刑诉法第1条关于刑诉目的的直接规定上，而是同时着眼于日本宪法第31条关于"不经法律规定的程序，不得剥夺任何人的生命或自由，或科以其他刑罚"的规定。由此提出了刑诉两方面的目的，即实体真实主义与正当法律程序。多数学者认为，刑事诉讼在追求案件事实真相的同时，必须严格遵守法律规定的程序。并且认为实体真实主义与正当法律程序虽然是刑诉目的不同的两个方面，但在一般情况下是可以将二者加以调和或统一的，对此还有着标语式的解释，即"在正当法律程序中实现实体真实主义"。这种主张成为日本关于刑诉目的的通说。

随着刑事诉讼的人权主义化思想的形成和发展，学者们向上述通说提出了挑战。认为上述标语式的解释作为理论上的推论似乎是成立的，但在现实诉讼活动中则是根本行不通的。在刑诉程序的现实中，从侦查到公判终结，实体真实主义与正当法律程序始终是处于对立关系之中的。因此，刑事诉讼制度的目的不能是这两个对立的要求，要么是实体真实主义，要么是正当法律程序，二者必择其一。而究竟应如何调和这两种要求的对立关系，

1 平野龙一《刑事诉讼法》第8页，1958年版。
2 高田卓尔《刑事诉讼法》第182页，1971年版。

则是摆在刑诉法学者面前无法回避的重大的刑诉法学课题。

"对立说"的主要代表人是田宫裕和松尾浩也。两位教授在合著的《刑事诉讼法的基础知识》中首次提出，推动日本刑事司法现实运行的根本性的思想因子，就是实体真实主义与正当法律程序的对立，并且以此为基轴，对刑事诉讼法的诸问题进行了论述。[1] 他们认为，实体真实主义与正当法律程序之所以对立，是因为前者是基于必罚主义的理念，而后者则是基于无实者不处罚主义的理念（无实者的意思是，不能证明有犯罪事实的人，并非真正的无辜者）。例如，田宫裕认为："实体真实主义不是虚心地追求真实的抽象观念……可以说它意味着要象拔草那样揪出犯人的思想，因此，不外是犯人必罚主义。"[2] 松尾浩也指出："实体真实主义无非是必罚主义的委婉托词而已。"[3] 与此相反，正当法律程序则被认为是人权保障的代名词。田宫裕认为："正当法律程序能够从本来的保障对被疑人、被告人适用正当程序的意义，转化为在刑事诉讼中尊重人权。因此正当程序可以理解为就是刑事程序中的人权主义。""正当法律程序的发展史，就是人权的发展史。""无实者不处罚原则，是正当法律程序的思想基础。"[4]

石川才显对上述两位教授的"对立说"进行了理论概括。他认为，实体真实主义作为刑诉制度的目的被强调，具有政策性意义。这就是，刑事审判把正义作为基础。正因为探明事实才能实现正义，所以刑事审判要追求客观的或者绝对的真实。而且因为法律秩序的维护和社会利益的保全是刑事审判的目标，所以需要把犯罪人一个不漏地予以处罚。这样的实体真实主义承认刑诉中

---

[1] 参见田宫裕、松尾浩也《刑事诉讼法的基础知识》序言，1966年版。

[2] 田宫裕《刑事诉讼与正当法律程序》第154页，1972年版。

[3] 松尾浩也《刑事诉讼的原理》第15页，1973年版。

[4] 田宫裕《刑事诉讼与正当法律程序》第168页，1972年版。

真相探明力具有无限的可能性，因而刑事审判常常建立在能够完全查明真相之假设之上。这种实体真实主义当然地要把处罚的实效化作为第一要义。因此，形成了侦查的纠问化，公判的法院职权主义化。刑事司法所关心的是对犯人的发现和处罚，这成为全部刑事诉讼的价值基础，与此处于对立关系之中的其他一切权益都不予顾及。在这个意义上，实体真实主义就成了必罚主义的代名词。随着刑事诉讼的人权主义化的渗透，"宁放十个有罪者，不罚一个无辜者"的无实者不处罚主义抬头了。这一主义旨在强调刑诉制度的作用应当是力求对有罪的人不主观断罪，按照法律程序进行有罪认定，根据无罪推定的法理对其加以保护；对于无罪的人则通过法律程序进行无罪救济。因而，为了使这种无实者不处罚的机能最大限度地、有效地发挥，就必须毫不动摇地坚持法律程序，因为法律程序正是为无实者不处罚这一内容服务的。但是，这并不意味着刑事诉讼制度放弃了对犯罪人进行处罚的作用，对有罪者的处罚是在对无实者认定为无罪的过程中作为反射作用而存在的。[1]

总之，"对立说"主张刑诉制度的目的应当是正当法律程序而不应是实体真实主义。由于此说被认为是符合现代刑事诉讼人权思想的理论，故为多数学者所接受。正当法律程序不仅被作为日本刑诉制度的目的，而且被作为刑诉活动的指导思想，成为日本刑诉法的一大现代特色。

对此也有学者持否定看法，其代表人物是铃木茂嗣。他认为，对立说通过阐述实体真实主义与正当法律程序的对立，展示前者的必罚主义思想基础和后者的人权主义思想基础，进而否定实体真实主义，单方面地强调正当法律程序，这是片面的。首先，正当法律程序虽然是以保护人权为其主要内容的，但并不完

[1] 参见石川才显《刑事诉讼法讲义》第18页，1974年版。

全排斥对犯人的必罚。因而，应当认为正当法律程序是宪法所规定的保持对犯人的必罚和对人权的保障这两项刑诉基本要求处于均衡的程序。其次，实体真实主义不能被简单地认为是必罚主义的委婉托词，因为实体真实主义有积极的和消极的两种。积极的实体真实主义，是将必罚主义作为基础的。消极的实体真实主义，则是把无辜者不处罚作为基础的。从整体上看，实体真实主义的内容，既包括必罚主义的要求，也包括人权保障的要求。因此，实体真实主义与正当法律程序并不是完全对立的，而是也有统一的一面。作为刑诉目的的对立观念，应当是必罚主义与人权主义。[1]

（二）关于刑诉目的与刑诉构造的关系的理论

对立说主张，刑诉目的上的实体真实主义与正当法律程序的对立，是刑诉构造上职权主义与当事人主义对立的原因。此说认为，刑诉制度的目的是在基于必罚主义的实体真实主义之中寻求，还是在基于无实者不处罚主义的正当法律程序之中寻求，直接影响到是以法院的职权支配为中心构成刑诉制度，还是以检察官、被告这样的当事人为中心构成刑诉制度。实体真实主义在和职权主义结合时，最能发挥其机能。在职权主义之下，查明真相的责任属法院一方，法院掌握着诉讼的主导权，积极地进行有罪的证明，因而也就能够提高处罚犯人的效率。与此相反，在当事人主义之下，证明对象的设定及立证活动都委于当事人，诉讼活动的主动权归当事人所有。因此，法院的职权支配退后了，真相查明力也就减弱了。当事人主义的诉讼就是将检察官和被告人置于对等的位置，为了保护被告人的权利而履行正当法律程序。与检察官的以有罪立证为中心的攻击性诉讼活动相对，被告方的以无罪立证为中心的防御性诉讼活动便作为法的权利而被保护，通

[1] 参见铃木茂嗣《刑事诉讼法》第16——18页，1980年版。

过这种对立、抗争，形成了有罪或无罪的认定。总之，职权主义的诉讼构造是基于必罚主义的实体真实主义的用武之地，同样，以无实者不处罚主义为核心的正当法律程序则必然地要以当事人主义的诉讼构造为必需。

反对说也是贯彻于刑诉构造论之中的。与在诉讼目的上主张正当法律程序并不否定对犯人的必罚相一致，在诉讼构造上，此说认为正当法律程序虽然以当事人主义为其主要实现形式，以保障人权。但同时又以职权主义为其补充形式，以惩罚犯罪。因此，职权主义与当事人主义既有其对立的一面，又有其统一正当法律程序之中的一面。正当法律程序并不是单一地只能与当事人主义相结合，而不能与职权主义相结合。①

（三）评语

日本学者运用实体真实主义与正当法律程序的概念概括刑诉目的。通常认为前者的思想基础为必罚主义，后者则是人权主义。这实际上是将实体真实主义与正当法律程序分别作为必罚主义与人权主义的载体，这样做虽然有利于更直接地认识刑诉目的在刑诉中的体现，但却难免引起对概念本身的异议。日本学者对刑诉目的的争论，在一定程度上可以归结为对上述两个概念理解的不同。

团藤等主张实体真实主义为刑诉的目的，并不是只强调惩罚而放弃保障，因为实体真实主义本身就有积极与消极之分。统一说主张实体真实主义与正当法律程序的统一。这一观点由于在刑诉目的中纳入了宪法保障人权的内容，因而更为明确地提出惩罚与保障两方面的目的。应当认为，统一说主张刑诉目的的双重性，是值得肯定的。而其只看重统一，忽视对立，则又是其不足

①参见铃木茂嗣"关于正当程序与当事人主义的观念"一文，日本《法学论丛》第102卷第5至第6节。

的方面。再者，在统一说中没有刑诉两方面目的谁主谁从的认识，故只能理解为统一说主张两个目的的均衡，而这也是有疑问的。对立说揭示实体真实主义与正当法律程序的对立关系，有其深刻的一面。但是通过这种揭示所得出的二者必择其一的结论，则有其片面的一面。可以说，这是忽视惩罚与保障之间相互联系和相互依存关系的必然结果。对立说的另一个结论，认为刑诉目的应当只是正当法律程序，也就是以人权主义为唯一目的，这不能不说是忘却了刑事诉讼的性质——解决被告人的刑事责任。

应当指出，铃木的反对说对实体真实主义和正当法律程序含义的理解是全面的、深刻的。实体真实主义和正当法律程序都包含着惩罚与保障两方面的内容。铃木的结论——"作为刑诉目的的对立观念，应当是必罚主义与人权主义，"澄清了刑诉目的上的理论是非，直接而明确地提出了惩罚与保障两方面的目的，而且主张这两个方面是既有对立，又有统一的，这无疑是正确的。不过，他的刑诉目的观是以人权主义为刑诉的首要目的，这是基于日本的政治和法律所必然拥有的观念。

关于刑诉目的与刑诉构造的关系，对立说揭示了惩罚易于与职权主义相结合，保障易于与当事人主义相结合的这一刑诉规律，但得出职权主义与当事人主义互不相容的结论，则是不能令人满意的。反对说指出了由刑诉目的两方面的统一而决定的刑诉构造上当事人主义与职权主义的统一，其结论——正当法律程序以当事人主义为其主要实现形式，以职权主义为其补充形式，合理地解释了日本刑诉目的与以当事人主义为主，以职权主义为辅的刑诉构造的关系。

三、我国刑事诉讼的目的

（一）我国有关刑诉法任务的理论

我国学者对刑诉目的问题尚未展开系统研究。通行的观念是

刑诉法教科书对刑诉法任务的解释，且无人对此提出异议。

刑诉法第2条规定了刑诉法的任务，高校法学教材《刑事诉讼法教程》将其概括为三个方面："一、保证准确、及时地查明犯罪事实，正确应用法律，惩罚犯罪分子，保障无罪的人不受刑事追究；二、教育公民自觉遵守法律，积极同犯罪行为作斗争；三、维护社会主义法制，保护公民的人身权利、民主权利和其他权利，保障社会主义革命和社会主义建设事业的顺利进行。"

其他教科书对刑诉任务的概括也是基于对刑诉法条文的展开，但与上述概括有所不同。即认为上述第三方面的任务，是实现刑诉法任务的根本目的，故不专门阐述。据此，有的教科书认为刑诉法任务为上述第一、第二两个方面。[1] 有的教科书则将上述两个方面分解为三个方面，即："一、保证准确、及时地查明犯罪事实，正确应用法律，惩罚犯罪分子；二、保障无罪的人不受刑事追究；三、教育公民自觉遵守法律，积极同犯罪行为作斗争。"[2]

关于刑诉法上述几项任务的关系，各教科书都认为，各项任务是相互联系、不可分割的整体，只有全面完成刑诉法的各项具体任务，才能达到刑诉法的根本目的。同时又都指出，各项任务并不是不分主次、"半斤八两"，惩罚犯罪分子是刑诉法的首要任务，保障无罪的人不受刑事追究是刑诉法的重要任务，而教育公民则是刑诉法又一项重要任务。

笔者认为，多数教科书对刑诉法所规定的"维护社会主义法制，保护公民的人身权利、民主权利和其他权利，保障社会主义革命和社会主义建设事业的顺利进行"的理解是正确的。可以将这项任务理解为我国刑诉法的根本任务，同时也可以理解为这是

---

1 陈光中主编《刑事诉讼法学》，第54页—56页，中国政法大学出版社（1990年）。

2 祝铭山主编《中国刑事诉讼法教程》，第7—9页，人民法院出版社（1990年）。

我国刑诉法的性质在刑诉法任务上的体现。不过，这项任务不仅是刑诉法的根本任务，而且也是其他法律的根本任务。例如，我国刑法第2条规定的任务，有着与此基本相同的内容。就连治安管理处罚条例第1条所规定的任务，也有着与此相似的内容（维护社会秩序和公共安全，保护公民的合法权益，保障社会主义现代化建设的顺利进行）。从广义上看，完全可以说，维护社会主义法制，保护公民的合法权益，保障社会主义革命和建设事业的顺利进行，是我国一切法律的根本任务。因此，刑诉法学研究任务，应当把侧重点放在研究刑诉法所应有的具体任务上，没有必要专门阐述各部门法所共有的根本任务。

不过，上述教科书对刑诉法任务的表述毕竟是阐于法条所作的解释，因而尚不能看作是从理论上对刑诉目的的概括。

第一，关于"教育公民自觉遵守法律，积极同犯罪行为作斗争"的任务。现有教科书都认为是刑诉法的一项重要任务，而且认为这项任务与惩罚罪犯的任务、保障无罪的人不受刑事追究的任务，是相互联系、不可分割的。这一公认的看法，并不是完全没有问题的。当然，刑诉法规定这项任务无疑是必要的，以公开审判为重心的刑事诉讼是对公民进行社会主义法制教育的良好形式。但是，这并不意味着这项任务应当与惩罚犯罪、保障无罪的人不受刑事追究这项刑诉法规定的基本任务相并列。一则，教育公民的任务是从基本任务中派生出来的。只要较好地完成了基本任务，教育公民的任务也就随之较好地完成了；相反，如果未能使基本任务的两个方面都得以实现，那么教育公民也就随之成为空话。因此，可以说教育公民的任务是依附于基本任务的，将其作为刑诉法一项独立的任务，并与基本任务相并列，从刑诉法理论和形式逻辑上看，并不是十分恰当的。只有基本任务的两个方面才具有既相互矛盾，又相互依存、相互制约的对立统一关系。而教育公民的任务对基本任务只有依存关系，没有制约关系。二

则，民诉法第2条也规定了教育公民的任务，新颁布的行政诉讼法虽然没有直接规定这项任务，但它在教育公民方面的作用是不能低估的。因而可以说，教育公民是诉讼法所共有的任务，而各个诉讼法又都有着各自不同的基本任务。刑事诉讼法学在对任务进行理论概括时，没有必要将这项任务上升到基本任务的高度来专门论述。

第二，关于保障无罪的人不受刑事追究的含义。把保障无罪的人不受刑事追究的任务简称为保护无辜，在教科书中是常见的；惩罚犯罪与保护无辜的提法在刑诉理论中也是通行的。不过，笔者认为，在概括刑诉法的任务时须对其准确理解，严格把握。刑诉法规定的"无罪的人"与"无辜"是有区别的，不应当混同。无辜通常仅指没有犯罪的人。而刑诉法上的无罪的人，应当理解为包括两类人，一类是没有犯罪的人，也就是无辜；另一类是不能证明有罪的人。根据最高司法解释，因主要事实不清，证据不足而不能认定被告人有罪，应当宣告无罪。[1] 因而这后一类人也就是疑案中不能证明有罪的被告人。这类人中有无辜是无疑的，但也会有事实上有罪而法律上无罪的人。可见，"无罪的人"这一概念的外延包括"无辜"概念的全部外延，用"无辜"来代替"无罪的人"是对后者外延的缩小。而在论述刑诉法任务时，对条文进行缩小解释，是不正确的。当然，提出这一问题并非仅基于形式逻辑的要求，而是出于对有关刑诉原则问题的考虑。在刑诉法任务中明确对不能证明有罪的人进行保护，实际上是在任务上对疑案处理中的无罪推定原则的贯彻。日本等国区分无辜者不处罚和无实者不处罚两项原则的做法是值得我们借鉴的。

第三，关于保护有罪的被告人合法权益的问题　刑诉法第2

---

[1] 1989年4月11日最高人民法院《关于一审判决宣告无罪的公诉案件如何适用法律的问题的批复》

条规定的"……保证准确、及时地查明犯罪事实，正确应用法律，惩罚犯罪分子……"，应当理解为已包括了保护有罪被告人合法权益的内容。因为准确查明事实，正确适用法律，就意味着对有罪被告人的保护。从理论上概括刑诉法的任务，除了应当着眼于惩罚犯罪与保障无罪的人不受追究外，还应当明确地提出保护有罪被告人合法权益的任务。实际上，在刑诉实践中，如何保护有罪被告人合法权益的问题往往更为普遍地存在着。因为进人到刑诉中的被告人，无辜和不能认定有罪的毕竟不是多数，而有罪的被告人才是多数。因此，应当在刑诉任务中明确提出这一内容。

（二）确立我国刑诉目的的根据

马克思主义哲学认为，目的性是人所特有的自觉能动性的一种表现，但是，人提出目的和实现目的，都必须以客观的因果性和规律性为前提、为根据，并且要受人自己的一定的社会历史条件的制约。马克思主义哲学从来不把目的看作一个独立的原则，更不把它看作是一个独立的实体，认为提出目的和实现目的主体是现实的具体的人。人在一定的社会历史条件下，产生一定的现实需要，依据客观的因果性和规律性，提出目的，创造手段，并运用手段在实践中实现目的，这就是人的有目的的活动的内容。

进行刑事诉讼活动也是一样，首先要以一定的刑事诉讼的规律为根据，确立一定的诉讼目的，并且设定一定的诉讼形式（包括诉讼构造）以作为实现诉讼目的的手段。进而直接地进行司法实践活动，通过手段达到目的。因此，要从理论上对我国刑诉目的进行概括，首先须探讨决定并制约诉讼目的的根据。

笔者认为，我国刑诉目的的根据，主要应有以下两个方面的内容。

1、指导思想与刑事政策方面的根据

第一，人民民主专政的根据。我国学者已依据民主与专政的

对立统一关系，立足于我国刑诉法和刑事司法实践的历史经验和教训，对民主与专政在刑事诉讼各个阶段与各个方面的贯穿与体现，以及有关的诉讼理论问题，进行了深入的研究。[1]为我们进一步探讨这一刑诉基本理论问题奠定了基础。人民民主专政作为被国家宪法确认的四项基本原则之一，反映了不依人们的意志为转移的历史发展规律，这一规律性是确立并实现刑诉目的的根据。笔者认为，民主与专政的关系贯彻于刑事诉讼之中，应集中体现为惩罚与保护的关系。专政在刑事诉讼中，就是依据刑事法律对各种严重刑事犯罪活动进行有力的惩罚；而民主除了通过惩罚犯罪、对公民人身权利、民主权利和其他权利进行有效保护外，应理解为主要是对一般公民进行防止侵权的保护，对无罪的被告人进行避免予以刑事追究的保护和对有罪的被告人进行确保准确处罚并可以酌情予以宽大的保护。民主与专政的对立统一关系决定了惩罚与保护之间也具有这种关系——二者既相互对立，又相互依存。因此，刑诉目的应当贯彻这种体现民主与专政关系的基本认识。

第二，惩办与宽大相结合的根据。惩办与宽大相结合是我国的基本刑事政策，是我国刑法制定的依据。其基本精神就是对刑事犯罪分子实行具体分析，区别对待。打击少数，争取、分化、改造多数，以便准确地惩罚犯罪，有效地保护人民。这一刑事政策的依据是刑事犯罪的客观规律，即犯罪不依人们意志为转移地存在着罪行有轻有重的情况，犯罪人在共同犯罪中的地位有主有从的情况，犯罪人犯罪后的态度有好有坏的情况，犯罪人主观恶性有大有小以及改造程度有难有易等情况。以往在人们观念中，这一刑事政策似乎是刑法所特有的，其实不然。笔者认为，刑诉

---

①见陈光中著"论刑事诉讼中的民主与专政"《诉讼法学论丛》(1985年)，中国政法大学出版社。

法虽然没有具体规定这一政策，但作为旨在实现刑法的程序法，也应当贯彻这一政策；况且刑诉法本身也确实体现了这一政策。例如，对被告人实施何种强制措施的根据就包含上述这一政策的有关依据。既然刑法根据犯罪的不同情况，既对少数罪犯予以严惩，又对多数罪犯予以一定程度的宽大，那么，刑诉法对有罪的被告人，就应当切实保护其诉讼权利，使其能够充分、有效地进行辩护活动，从而确保查明各个犯罪人所具有的不同情况，准确适用刑法；同时，刑诉法应当给予被告人争取宽大的机会。可见，惩办与宽大相结合为我们在刑诉目的上明确对有罪被告人的态度，提供了政策依据。

2、法律上的根据

第一，宪法的根据。我国学者在论述刑诉法的作用时，已从过去局限于与刑法关系的框架中走出，步入了重视与宪法关系的高度。有学者认为："刑诉法的作用，首先应当提高到它与宪法的关系的高度来论述"。"刑事诉讼法执行得好坏，在实施宪法有关规定方面起着重要作用。以量而言现行宪法中有关刑事诉讼的条款至少有 20 条之多。以覆盖而而言，这些条款分别规定在总纲、公民的基本权利义务以及国家机构、人民法院和人民检察院，等各个章节。以重要性而言，宪法所保护的公民的人身自由、住宅安全等重大权利、宪法规定的人民法院、人民检察院刑事诉讼活动原则的实施，以及刑事被告人的重要诉讼权利的行使，在很大程度上取决于刑诉法的认真执行"。[1] 日本学者起初从刑诉法本身后来上升到宪法的高度来研究刑诉目的的发展过程，反映出他们研究工作的深入化，与其相比较便可看出，我国学者在此问题上的认识是有眼光的。我国宪法所规定的与刑诉法

1 王以真著"进一步提高对刑事诉讼法及其作用的认识"，《诉讼法论丛》（1986—1987 年）中国政法大学出版。

有关的内容，除法院与检察院的活动原则外，主要是保护公民在法律上的平等权利、政治权利、宗教信仰自由、人身自由、人格尊严、住宅安全、通信自由和通信秘密、对国家机关和国家工作人员提出申诉、控告或检举的权利、依法取得国家赔偿的权利以及被告人获得辩护的权利等。宪法的这些保障人权的规定反映出我国社会主义民主与法制的性质。公、检、法三机关在进行刑事诉讼，对刑事被告人进行追诉时，必须切实遵行宪法的这些规定。可以说，衡量刑事诉讼是否符合民主与法制的要求，最重要的标准就是检查其是否贯彻了宪法的人权保障条款。确立刑诉目的，必须以宪法为根据，强调在惩罚犯罪的同时，保护公民以及刑事被告人的宪法性权利。

第二，刑诉法的根据。首先是刑诉法关于任务的规定。如前节所述，刑诉法的基本任务应当是第 2 条明确规定的惩罚犯罪和保护无罪的人不受刑事追究，以及该条规定所反映出来的对有罪被告人合法权益的保护。另外，该条所规定的根本任务中的"保护公民的人身权利、民主权利和其他权利"其本来的含意是通过基本任务的完成所要达到的目的。不过，结合宪法的有关规定，也可由此解释出另一层含义，即在惩罚犯罪的同时，保护公民的合法权益。从这个意义上来说，第 2 条规定的这一保护任务，其主要方面是通过惩罚犯罪，保护公民的合法权益，即排除犯罪行为对公民合法权益的侵害，这是刑诉法的根本目的之一；另一方面是在惩罚犯罪的同时保护公民的合法权益，即防止公、检、法机关人员对公民合法权益的侵犯，这是刑诉法的具体任务之一。其次，作为确立刑诉目的的刑诉根据是有关惩罚与保护的一系列具体规定。刑诉法规定，公安司法机关为了揭露犯罪，惩罚犯罪，有权开始刑事追诉活动，有权采取各种强制措施和实行各种侦查行为，有权提起公诉并支持公诉，有权对被告人作出判决等等；被告人及其辩护人为了证明被告无罪或罪轻，有权进行一系

列辩护活动。这都反映出刑诉法在惩罚犯罪与保护被告人上的基本要求。刑诉法对有关强制措施与侦查行为的限制性规定以及其他类似规定，不仅是对被告人的保护，也是对一般公民的保护。另外，刑诉法除了规定被告人及其辩护人的诉讼权利外，还规定了其他诉讼参与人（自诉人、被害人、证人、鉴定人等）的诉讼权利。对这些人，尤其是对被害人和证人权利的保护，无疑也是刑诉法的具体任务之一。

（三）我国刑事诉讼的目的

从上述各项根据出发，笔者认为，应从理论上将我国刑诉的基本目的概括为惩罚犯罪与保障人权的统一。

惩罚犯罪的基本目的要求公安司法机关依据刑诉法规定的原则和程序，有效地行使法律赋予的职权，充分发挥主观能动性，及时地揭露犯罪，全面地证明犯罪，准确地惩罚犯罪。公安机关对于控告、检举以及行为人的自首应当及时审查，对于符合立案法定条件的应当立案。在侦查程序中，应依照侦查工作的原则，妥善地采取侦查行为，侦探犯罪线索和收集犯罪证据；依法实施有关强制措施，保证刑事诉讼的顺利进行；在侦查终结后，向检察院报送有关诉讼文件和材料。检察院除依法对犯罪案件自行侦查外，应当及时审查起诉；对于符合起诉法定条件的应当提起公诉，并派员出庭支持公诉；在认为一审法院的判决和裁定确有错误时，依法提出抗诉；再者，作为法律监督机关，依法在刑诉中履行监督职责。法院对于公诉与自诉案件应予以审查，并在需要时依职权主动进行专门调查工作；对于符合审判法定条件的案件应依法开庭审理；在法庭审理中，应主持法庭并依职权主动进行证据调查；对于已经构成犯罪并需要追究刑事责任的被告人依法定罪量刑。二审法院应认真审查抗诉和上诉案件；经审理后，对于符合维持原判法定条件的案件应作出维持原判的裁定，使犯罪分子及时交付执行；享有死刑核准权的法院，对于符合法定核准

条件的案件应当予以核准，以使被判死刑的犯罪分子受到应有的惩罚。

保障人权的基本目的有三层含义：一是保障无罪的人不受刑事追究和保护有罪被告人的合法权益以及辩护人的诉讼权利；二是保护自诉人、被害人、证人等诉讼参与人的合法权益；三是保护一般公民的合法权益。这一基本目的要求公安司法机关必须以民主与专政的思想和惩办与宽大相结合的刑事政策为指导，遵从宪法有关人权保障的条款，依照刑诉法规定的原则、制度、程序和规则，稳妥地进行刑事诉讼，在有效地惩罚犯罪的同时，切实地保障人权。对于无辜，无论其被置于哪一个诉讼阶段，都必须立即使其脱离刑事诉讼；对于不能证明有罪的人，无论其处于哪一个诉讼阶段，都必须及时作无罪处理；对于有罪的被告人，一方面应收集证明其罪轻的证据，依法酌情决定是否可以免予起诉和作出从轻或免刑的判决，另一方面要确保其行使诉讼权利，特别是要保障辩护人的诉讼权利，并认真对待其辩护；对于自诉人、被害人、证人等其他诉讼参与人，应当尊重他们的合法权益；对于一般公民，要防止在追诉犯罪时，对其人身自由、人格尊严、住宅安全、通信秘密等权利和自由进行侵犯。保障人权这一基本目的还表明，无罪的人和有罪的被告人应当依法行使其诉讼权利，对于专门机关的追诉活动，可以进行合法防御，促使专门机关作出无罪或罪轻的认定；辩护人应积极维护被告人的合法权利，依法充分地进行辩护；其他诉讼参与人应当通过行使其诉讼权利，在协助刑事诉讼进行的同时，维护其合法权益；一般公民一方面应当积极配合专门机关与犯罪活动进行斗争，另一方面则有权对专门机关侵犯人权的行为提出控告或检举。

刑事诉讼是围绕被告人的刑事责任这一中心问题展开的。因而可以认为，在惩罚犯罪与保障各类人的权利的关系中，惩罚犯罪与保障被告人权利的关系，应为整个刑事诉讼的主要矛盾。辩

护人与被告人的刑事责任问题密切相关。在保护被告人的同时，应当保护辩护人的权利，否则，就不可能切实充分地保护被告人。从这个意义上说，保护辩护人的诉讼权利应被视为刑事诉讼主要矛盾的保护方面的内容之一。据此可以认为，保障人权主要是指保护被告人及其辩护人的权利。

用惩罚犯罪与保障人权来概括刑诉目的，是惩罚犯罪与保障无罪的人不受刑事追究或惩罚犯罪与保护无辜这两种概括所不能比的。这不仅体现在前者的内容远比后者丰富之上，更重要的是体现在把保障人权作为我国刑诉目的之一的时代意义之上。现代文明国家无不把刑事诉讼中的人权保障作为民主的重要组成部分，西方国家刑事诉讼的人权主义化充分证明了这一点。在我国宪法和刑诉法中，有着与西方国家不同的人权概念和内容；在刑事司法实践中，如何在惩罚犯罪的同时保障人权的问题也现实地存在着。可见，在我国刑诉中，人权问题不是抽象的、不是臆想的，而是现实的。因此，我们不应当因为人权问题在政治上的敏感而消极地回避这一问题。在刑诉目的上明确提出保障人权，对于更新刑诉观念，完善刑诉理论，促进司法文明，有着不容低估的意义。

作为刑事诉讼主要矛盾的惩罚犯罪与保障人权是对立统一的两个方面。二者相互对立，又相互依存。相互对立，主要是指惩罚犯罪是对犯罪的追诉活动，而保障人权则是针对追诉的防御活动。相互依存，主要是指惩罚犯罪与保障人权两方面的实现，都必须以另一方面的实现为条件。一味强调保护，轻视惩罚，难免使保护成为放纵；一味追求惩罚，忽视保护，势必使惩罚成为滥罚。作为前者的事例，1983 年"严打"前的社会治安状况的教训是深刻的；作为后者的事例，十年"文革"的"全面专政"的教训则是惨痛的。因此，刑事诉讼必须追求二者的统一。

四、实体真实与法律程序的冲突及选择

我国刑诉目的应为惩罚犯罪与保障人权的统一，这可说是抽象意义上的目的观。而要切实实现这一目的，还须确立具体意义上的目的观。笔者认为，应当进一步将我国刑诉的惩罚犯罪与保障人权的统一这一抽象性目的概括为：实体真实与法律程序的统一。这样来概括我国刑诉的具体性目的，不是搞繁琐理论，而是确有必要。第一，这种概括强调了实体真实与法律程序的辩证统一，使惩罚犯罪与保障人权的辩证统一得以具体化；第二，这种概括所强调的实体真实与法律程序的统一，引出了实体真实与法律程序的冲突及选择这一重要的理论与实践问题，而这是抽象性目的所难以具体体现的。

日本学者将德国的实体真实主义观念与美国的正当法律程序观念相结合，创造出用于概括惩罚犯罪与保障人权两方面内容的实体真实主义与正当法律程序的统一论和对立论。虽然这两种理论都有所偏，但我们只要取其长处——借鉴两种理论的基本观点，避其短处——摒弃两种理论相互排斥的观点，便可为我们所用。否定实体真实主义与正当法律程序这种概括的反对说，主张用必罚主义与人权主义来概括刑诉目的两方面的内容，这与我们关于抽象性目的的认识是相似的。但反对说对实体真实主义与正当法律程序观念的否定，则是不可取的。这是因为，仅仅用必罚主义（或惩罚犯罪）与人权主义（或保障人权）来概括刑诉目的，不仅难以具体展开有关刑诉目的的论述，而且难以依据刑诉的客观规律，论证刑诉目的两方面内容——惩罚犯罪与保障人权、实体真实与法律程序的冲突及选择问题。

实体真实与法律程序的辩证统一关系，表现为二者既相互对立又相互依存。一方面，追求实体真实的诉讼活动要受到法律程序的种种限制；另一方面，法律程序又保证实体真实的实现。离开了法律程序，实体难以达到真实，或者即使达到了真实，也不

过是个别的真实，而它所破坏的则是普遍的真实；离开了实体真实，法律程序便失去了存在的意义。因此，进行刑事诉讼应当以追求二者的统一为目的，不可偏废。确立这样的诉讼目的，有着重要的理论与实践意义。

在理论上，有利于我们对一些争论问题进行透视。例如，关于法律性是否证据的特征问题。根据实体真实与法律程序的统一这一诉讼目的，在研究证据特征时，就应当确定真实与合法的统一这一标准。既然刑事诉讼法明确规定了收集证据的程序，证据的种类以及严禁非法取证的原则，那么，证据的法律性就决不是可有可无的。刑事诉讼意义上的证据，不是一般的真实材料，而是真实与合法统一的材料，非法取得的材料即使真实，也不能直接作为证据使用。又如：关于程序事实是否证明对象的问题，既然刑事诉讼的目的应是实体真实与法律程序的统一，那么，在研究证明对象的范围时，就不能只看到实体问题，还应当看到程序问题，因为，程序是否合法关系着实体是否真实。再如，关于疑案的处理问题。在疑案中，刑事诉讼所追求的实体真实无法实现，根据刑事诉讼法有关规定和基本精神，对此应当作无罪处理，这也是实体真实与法律程序的统一。而先挂起来，或撤销案件，不做任何结论，则是只追求“真实”，是违背这种统一的。

实体真实与法律程序统一的目的观最重要的理论价值还在于，能够使我们从一个正确的角度来认识刑事诉讼中客观存在的真实性与合法性的冲突，并且能够在这种目的观的指导下，在冲突面前做出正确的选择。

确立这样的目的，在实践上，则有利于防止偏废任何一方所带来的弊病。第一，可以防止单一地把追求实体真实作为刑事诉讼的目的。本来，实体真实应包括有罪的真实和无罪的真实。但是抛开法律程序追求实体真实，在实践中总是只表现为追求有罪的真实。这可能导致一味地追求惩罚，忽视保护。人们普遍关注

的只重实体而轻程序、非法取证、“先定后审”以及漠视被告人的辩护权现象，其实质就是为了方便惩罚．其结果就是使惩罚失去准确性，使保护失去有效性。第二，可以防止单一地把遵守法律程序作为刑事诉讼的目的。虽然刑事诉讼法体现着惩罚与保护的统一，但是撇开对实体真实的追求，一味地要求程序合法，在实践中则常常表现为积极保护，消极惩罚。

我国刑事诉讼法体现着实体真实与法律程序的统一这一刑事诉讼的目的。例如，证明案件真实情况的一切事实都是证据，公安司法人员必须依照法定程序收集证据，严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据；在执行拘留和逮捕时，不仅要有一定的实体真实的根据，而且必须遵守一定的法律程序；审查起诉不仅要审查实体问题，还要审查侦查活动是否合法，等等。不过，刑事诉讼法在确立实体真实与法律程序的统一上，尚有不足，存在着重实体真实，轻法律程序的倾向。从刑事诉讼构造论的角度来看，没有规定严格的证据规则，使得证据问题上的实体真实与法律程序的统一不够完善；没有规定审判监督程序对于生效判决违反法律程序应如何处理，等等。是我国刑事诉讼法尤为突出的不足。

在刑事诉讼法中，实体真实与法律程序是基本统一的。然而，在司法实践中，这二者也会发生冲突。以往，由于不重视刑事诉讼目的的研究，不从整体上把握刑事诉讼，因而对冲突问题的研究只能是就事论事，众说纷纭。笔者认为，只要正确地认识了刑事诉讼的目的，各种各样的冲突问题也就迎刃而解了。

从刑事诉讼构造论的角度来看，刑诉实践中存在的实体真实与法律程序的冲突，集中体现在非法收集口供和非法搜查、扣押证据材料上（用法外的秘密手段收集证据材料，属于后一类）。第一，关于用非法手段收取的口供（自白）能否作为证据的问题。如果坚持法律程序，就必须根据刑诉法关于严禁刑讯逼供和

以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据的规定，认定非法收取的口供不能作为证据；而如果坚持实体真实，则认为只要口供经其他证据印证、内容属实，就可以作为证据使用。第二，关于非法搜查、扣押的证据材料能否作为证据的问题。如果坚持法律程序，就必须根据宪法关于禁止非法搜查的规定以及刑诉法有关搜查与扣押程序的规定，将此类证据排除不用；而如果坚持实体真实，则认为如查证属实，又是证明案件事实所必需的，就能够作为定罪量刑的根据。有人就明确指出，应当把"非法手段"与"证据"区分开来，不能因为手段非法而得出明明是"客观事实"却"不是证据"的结论。

笔者认为，在这种冲突面前，应当选择法律程序。这种选择虽然可能失去个案的实体真实，但所达到的则是在绝大多数案件上的实体真实与法律程序的统一。这须从产生冲突的原因谈起。

概括地说，产生这种冲突的原因就是立法者的法律选择和司法者的司法活动。立法者制定程序法的目的，就是试图用这个法律来保证查明案件事实，从而在惩罚犯罪的同时，保护人权。因此，立法者在立法之际，当然地要尽量减少实体真实与法律程序的冲突。但是，对于有些刑诉问题，立法者必须在实体真实与法律程序之间作出选择，而这种选择是以牺牲个别的真实为代价来谋求普遍的真实。例如，规定严禁非法取证就是以牺牲非法取得的真实材料为代价，来谋求通过严禁非法取证所保证的普遍的真实。立法者的这种法律选择，使实体真实与法律程序的冲突成为可能，而司法者的活动（如非法取证活动）便现实地引发了这种冲突。因此，既然立法者已经进行了权衡利弊的法律性的选择，同时又要求司法者服从这种选择，那么，司法者在现实的冲突中，就应当选择法律程序。相反，如果选择了实体真实而抛弃了法律程序，实际上就是对立法者的选择的否定。承认了这种选择，实际上就是承认了司法者的选择高于立法者的选择，这当然

是不能接受的。

因此，从普遍意义上来看，选择法律程序，不是放弃实体真实，而是坚持实体真实与法律程序的统一。在这里，如果选择实体真实，就是片面地追求惩罚，而选择法律程序，则是全面地追求惩罚与保护的统一。

五、我国刑诉目的对刑诉构造的基本要求

刑诉构造是实现刑诉目的的主要手段之一。我国刑诉目的要求刑诉构造应当同时兼顾惩罚犯罪与保障人权两个方面，而在实体真实与法律程序发生冲突时，则应当选择法律程序。具体说，刑诉构造应当贯彻刑诉目的上的“统一论”和“冲突论”。

（一）刑诉目的“统一论”的要求

惩罚犯罪与保障人权、实体真实与法律程序之间既相互对立，又相互依存的关系，决定了刑诉构造应贯彻刑诉目的中的“统一论”。

第一，侦查、起诉、审判三大程序构造都应具备控、辩、裁三方。控诉方虽然应当兼顾惩罚犯罪与保障人权，但其诉讼活动的主要方面是惩罚犯罪。因而要使保障人权的目的切实得以实现，就需要辩护人介入侦查和起诉程序，专门从事保护被告人权利的诉讼活动。否则，难免使被告人在侦查和起诉程序中处于孤立无援的境地，因不能有效地行使其诉讼权利而招致实体问题上的不利后果，从而影响刑事诉讼保障人权目的的实现。再者，诉讼中仅有控、辩双方是不够的。既然控辩双方从事着互相矛盾的诉讼活动，那么，就不能使任何一方拥有裁决实体问题，解决矛盾的职能。否则，控辩双方相互对立、相互依存的关系就会消失，而成为主从关系，这势必使刑诉单方面地追求惩罚犯罪或保障人权。因此，在侦查和起诉程序中裁判方的存在是必要的。检察人员在侦查和起诉程序中充任裁判角色，其所拥有的裁判职

能，应予以肯定、重视和加强。

第二、辩护方应当具有相当的诉讼权利，控辩双方应当具有平等的诉讼地位。被告人及其辩护人在侦查、起诉和审判程序中应当享有真实而充分的诉讼权利，拥有与控诉方相当的诉讼机会，从而切实而有效地展开辩护活动。否则，辩护方不可能与控诉方形成矛盾的双方，而只能受制于控诉方。在裁判方面前，控诉方与辩护方的诉讼地位应当是平等的，裁判方应同时审查控辩双方的诉讼意见，进而作出裁判。只有控诉方的意见供裁判方审查，势必使控诉方居于优势地位，使控诉意见成为裁判的唯一根据。

第三，裁判方应当具有客观、公正的诉讼立场。控辩矛盾的解决，最终有赖于裁判方的裁判，因而裁判方在诉讼中具有重要的作用。在侦查和起诉程序中行使裁判职能的检察人员和在审判程序中行使裁判职能的审判人员，应当同等重视控辩双方的诉讼意见，避免偏听一面之辞；应当主动调整控辩双方的关系，维护双方的平等。裁判方客观、公正的诉讼立场，是裁判方"兼听则明"，全面查明事实和准确作出裁判的重要条件，是实现惩罚犯罪与保障人权的统一的重要保证之一。

（二）刑诉目的"冲突论"的要求

实体真实与法律程序之间客观存在的冲突以及合理的刑诉目的论的选择，决定了刑诉构造应贯彻刑诉目的中的"冲突论"

第一、在刑诉目的上，确立非法收取的口供即使真实也不能作为证据使用的观念，在刑诉构造上就必须研究和借鉴国外的自白排除法则，从而在此问题上设立我国的证据法则，以彻底贯彻刑诉目的论的选择。

第二，非法搜查与扣押所获取的证据材料应当予以排除的刑诉目的观，要求刑诉构造论具体研究与借鉴国外的违法证据排除法则，并设立我国的法则。没有构造论的制度性的保障，目的论只能成为空谈。

中国刑诉成功地控制了犯罪，为现代社会少见，而这种刑诉中官员与被告的地位及关系，又与现代社会不合。

法之善恶并存似人之善恶兼备。

先进，说多了常常便成假；落后，不承认往往就是真。欲求发展，先得自我冷静评判。

第五章　我国刑事诉讼的构造

考察我国刑诉构造，应当以控、辩、裁三方在诉讼中的法律地位和相互关系为标准。离开了这一标准，就难以从诉讼构造论的角度来认识我国刑诉构造的基本特点和类型，同时也使研究工作丧失了理论基础而难免杂乱无章。在进行具体考察时，还须分两个步骤，一是着眼于我国刑诉构造的主要方面，概括我国的基本特点；二是以现代刑诉构造的基本类型为根据，通过比较，认识我国刑诉构造的属性。通过前一种考察，可以看到我国自己的特色，从而坚持我国刑诉构造的基本方面；通过后一种考察，能够从比较中认识我国刑诉构造类型上的主要优点和不足，为完善我国刑诉构造提出根据。

一、我国刑诉构造的理论及评析

我国学者对刑诉构造的研究方才起步　研究课题是如何概括我国刑诉构造的类型。对此主要有四种观点：一是审问辩论式说；二是分权式说；三是结合式说；四是民主集中式说。下面分别简介并评析：

(一) 审问辩论式说

认为我国刑诉侦查不公开，采取审问式，没有平等的当事人介入诉讼；庭审采取辩论式，公开进行，充分发挥了诉讼参与人的积极性；庭审由审判长主持。所以我国刑诉构造既有审问式的因素，又有辩论式的因素，是审问与辩论的混合，故可称审问辩论式或混合式。我国刑诉构造在本质上与资本主义国家不同，但表现形式与大陆法系国家相似。

这一观点考察我国刑诉构造的类型所使用的标准，基本是控、辩、裁三方的法律地位和相互关系。因此，较为准确和简明地概括了我国侦查和审判程序在诉讼构造上的特点，而且，认为我国刑诉构造在形式上与大陆法系相似，也是实事求是的。在我国学者关于我国刑诉构造类型的各种观点中，这一观点最值得肯定。其理论价值在于把我国刑诉构造纳入了与国外刑诉构造的比较之中，不过这一观点尚有不足和需要完善的方面。第一，用审问辩论式或混合式来概括我国刑诉构造的类型尚不够准确，因为审问、辩论或审问辩论都不能准确反映现代刑诉构造的基本类型，只有用职权主义、当事人主义或职权主义与当事人主义的结合（以当事人主义为主，职权主义为辅，或以职权主义为主，当事人主义为辅）才能准确地加以概括。既然意图将我国刑诉纳人与国外的比较研究中，就应当在概念上达到一致。审问、辩论或审问辩论是构造类型的因素，面不是类型本身。另外，用混合式概括我国刑诉构造的类型也不妥，其缺点在于不明确。因为，不仅欧州法国大革命后的诉讼构造被称为混合式，而且有不少学者将现代欧洲大陆职权主义，英美当事人主义以及日本以当事人主义为主，以职权主义为辅的诉讼构造均称为混合式。第二，研究刑诉构造的类型仅仅停留在考察侦查和审判程序的构造上是不够的，面且，认为我国审判程序构造是辩论式也有失偏颇（我国审判程序有辩论的因素，但主要特点是审判人员依职权主动审问被

告和调查证据)。起诉程序的构造是刑诉构造论的重要课题，而依据审问或辩论的观点却不能对此有所认识。第三，研究我国刑诉构造，除了应以现代刑诉构造的基本类型为根据，概括我国刑诉构造的类型外，还应当着眼于我国刑诉构造的特色，探讨我国刑诉构造的基本特点，仅持基本类型的观点难以对此问题有所认识。

(二) 分权式说

认为分权式诉讼表现在司法机关方面，是公安、安全、检察、法院四机关职责的分权；表现在审判机关内部，是审判委员会、院长、庭长、审判员、合议庭的职责分权；表现在诉讼活动上，是控诉、辩护、审判三种诉讼职能的分权。没有分权就没有制约；没有制约，就没有民主。分权的另一表现，就是诉讼主体各方的诉讼权利和义务的结合。

这一观点以控、辩、裁三方的法律地位和相互关系为基础，以我国刑诉构造的基本方面为出发点，对我国刑事诉讼中的主要诉讼关系进行了概括。以分权的思想，考察我国刑诉中控、辩、裁三方的法律地位和相互关系，从而揭示我国刑诉构造的特色，并认为分权是制约的基础，而制约则是诉讼民主的体现，这是此观点的理论价值所在。不过，这一观点由于在构造问题上视野的局限性，只能被看作是对我国刑诉构造基本特点进行的部分概括，而不能认为是全面的概括。再者，因其没有从构造类型的角度考察我国刑诉构造的类型，其结论——分权式，不是构造类型的用语，故无法反映我国的类型，从而也不能展开与国外类型的比较研究。

(三) 结合式说

认为结合式的体现是，我国公安机关、检察机关、审判机关之间是有统一任务，有分工，有配合，又有互相制约的结合；专门机关——公、检、法与群众路线相结合；刑事诉讼主体——侦

查人员、检察人员、审判人员与刑事被告人之间的诉讼权利义务关系的结合；刑事诉讼主体包括被告人在内与其他诉讼参与人之间权利义务关系的结合。

这一观点与分权式说有相同之处，即都指出了公安司法机关分工负责，互相配合，互相制约的关系以及与刑事被告人之间的权利义务关系。就此而言，二者在概括我国刑诉构造基本特点上的得失以及在构造类型研究上的缺憾是基本相同的。另外，此说还着意强调了国家专门机关和群众的关系以及专门机关、被告人与其他诉讼参与人之间的关系，这显然超出了刑诉构造论的研究范围。构造论只关心行使控诉、辩护、裁判职能的机关和人的法律地位和相互关系。

(四) 民主集中式说

认为我国整个刑事诉讼程序都贯穿了民主集中制的精神。民主集中式在刑诉中的具体体现是：公、检、法三机关办案实行专门机关与人民群众相结合的原则；公、检、法三机关之间的分工负责，互相配合，互相制约的办案原则；司法机关内部的办案制度；诉讼参与人在刑事诉讼中的权利义务 实事求是的证据制度。

用民主集中式来概括我国刑诉构造的基本特点，比起用分权式、结合式来概括要显得更全面、更准确些。透过此说，能够使我们认识我国刑诉构造特有的方面和特有的内容，这些都是必须予以肯定和坚持的，而这些特点仅依据刑诉构造类型的观点是难以认识和掌握的。因此，此说为我们研究我国刑诉构造的基本特点明确了方向。然而，研究我国刑诉构造，尚不能仅仅停留在认识我国特色和肯定我国优点之上。为了使我国的刑诉构造论成为能够与外界（国外）进行"交换"的活系统，通过比较、鉴别，认识我国的长处和不足，从而为完善我国刑诉构造提出根据和设想，在研究我国刑诉构造特色的同时，应以构造的基本类型为根

据，认识我国刑诉构造类型的属性。否则，研究工作的理论与实践价值都难免是有限的。另外，概括我国刑诉构造的基本特点，也应以控、辩、裁三方的法律地位和相互关系为标准。而此观点则强调了人民群众、所有诉讼参与人在诉讼中的地位及与公安司法机关的关系，这不能不说是偏离了构造论的基础。这一观点作为从民主集中这样一个新的角度考察我国刑诉中的诉讼法律关系的理论，是应当予以肯定的，但作为刑诉构造理论，则是有待商榷的。

二、我国刑诉构造的基本特点

我国刑诉构造的基本特点是我国刑诉法所规定的，我国所特有的方面。这是用现代刑诉构造的基本类型——职权主义与当事人主义的观点难以进行概括的。因而进行这种探讨，必须立足于我国刑诉法和刑诉实践。

我国刑诉法是以马列主义、毛泽东思想关于无产阶级专政的理论和辩证唯物主义为指导，以宪法关于国家司法机关的活动原则和公民的基本权利义务等规定为根据，并结合我国实行人民民主专政的具体经验和实际需要制定的。刑诉构造虽然属于刑事诉讼的形式范畴，但我国刑诉法的性质决定了我国刑诉构造在基本方面有着不同于西方国家的特点。笔者认为，以下三个主要方面反映了我国刑诉构造的基本特点：第一，控、辩、裁三方分立，构成刑诉构造的主体；第二，控、辩双方既对立又统一，决定二者特有的法律地位；第三，控、裁双方既配合又制约，形成特有的相互关系。

（一）控、辩、裁三方分立，构成刑诉构造的主体

为了全面、准确地完成刑诉任务，刑诉法严格划分了公安机关、人民检察院和人民法院三机关各自的职权，同时规定了被告人及其辩护人的辩护权利，由不同的机关和人在不同的诉讼程序

中分别行使控诉、辩护和裁判三种职能。刑诉法第3条规定："对刑事案件的侦查、拘留、预审，由公安机关负责。批准逮捕和检察（包括侦查），提起公诉，由人民检察院负责。审判由人民法院负责。其他任何机关、团体和个人都无权行使这些权力"。第8条规定："……被告人有权获得辩护，人民法院有义务保证被告人获得辩护。"第10条规定："人民法院、人民检察院和公安机关应当保障诉讼参与人依法享有的诉讼权利。"第26条规定，被告人除自己行使辩护权外，还可以委托辩护人辩护。

在侦查程序中，公安机关进行侦查、拘留和预审，并在侦查终结之后向人民检察院提出起诉或免予起诉的意见书。就其诉讼活动的主要方面而言，行使着控诉职能。人民检察院在此程序中行使着双重职能。除自行侦查，行使控诉职能以外，以裁决者和监督者的身份，对公安机关侦查的案件有权批准逮捕，同时在审查批捕时，有权对公安机关的侦查活动是否合法实行监督。因而可以说，在绝大多数由公安机关侦查的案件中，检察机关实际上主要行使着裁判职能，仅从形式上看，与国外享有侦查强制处分决定权的法官地位相似。因此，虽然在我国侦查程序中辩护律师尚未介入，但并不能据此便认为我国的侦查程序在形式上与欧洲中世纪的侦查程序相似，是所谓国家机关单方面对被告人的秘密纠问。因为除了被告人依法进行辩解外，检察人员对侦查人员的监督，对批捕权的掌握，其作用之一，也是对被告人的保护。

在起诉程序中，由人民检察院全权决定起诉、免予起诉和不起诉。从检察院在此程序中的具体任务是对案件的实体问题作出三种决定来看，其作用是裁决。只是在提起公诉后，其主要职能才是控诉。而控诉方则可以认为仍然是侦查机关。因为侦查机关不仅要提出起诉或免予起诉（免诉的前提是认定犯罪）意见书，而且继续支持着己方的控诉——在认为检察院的免予起诉的决定有错误时，可以要求复议，如果意见不被接受，可以向上一级检

察院提请复核。另外，刑诉法第 98 条规定，人民检察院审查案件，应当讯问被告人。因而被告人可在这一法定的必经程序中继续进行自我辩解。实践表明，这常常引起检察院的重视，对其作出起诉、免予起诉或不起诉的决定，以及作出自行补充侦查或退回公安机关补充侦查的决定，具有一定的影响作用。

在审判程序中，审判人员行使裁判职能，在庭审前进行必要的调查、主持法庭审理，并作出判决和裁定。人民检察院派出公诉人支持公诉，除了监督审判活动是否有违法情况并向法庭提出纠正意见外，主要行使控诉职能。被告人正式获得委托辩护人的权利，与辩护人一同行使辩护职能。因此，在审判程序中形成了标准的控、辩、裁三方。再者，需要进一步指出，我国审判程序中人民检察院的起诉权和人民法院的审判权的划分，不仅是明确的，而且是严格的。人民法院无权裁定驳回或者撤销人民检察院的起诉，也无权变更人民检察院的起诉范围。根据最高人民法院、最高人民检察院《关于共同犯罪案件中对检察院没有起诉、法院认为需要追究刑事责任的同案人应如何处理的联合批复》，对于人民检察院未起诉或者已经决定不起诉、免予起诉的被告人，人民法院认为需要追究刑事责任或继续追诉的，可以向同级人民检察院提出意见，如果意见不被接受，可以报上级人民法院与其同级人民检察院协商解决，而不能自行决定，将未经起诉的人进行审判。

我国刑诉法确定公、检、法三机关的明确分工和分别在不同的诉讼程序中行使控诉、裁判职能，以及被告人及其辩护人行使辩护职能，是符合人类认识发展规律的。人的正确认识是循着由感性认识到理性认识、再经实践这样一个反复过程而逐步形成的。刑事案件有其特有的复杂性，办案人员形成正确认识不可能一蹴而就，也需要经过一个认识过程。公安司法机关分工负责，各行其职，各尽其责，使得案件事实经过侦查、起诉、审判三个

主要程序，由部分到全部，由初步到深入，逐渐展露其真相。而控、辩、裁三种职能在不同诉讼程序中的区分，则是在不同诉讼阶段全面地认定案件事实并准确地作出不同处理的重要保证。再者，这种职权的划分和职能的分立，也是符合人类心理学规律的。心理学告诉人们，人长久地从事某种特定的职业，必然会由职业养成某种特定的心理倾向性。这就是所谓牙科医生观看演唱时会自然注意歌唱家的牙的原因。从事司法工作也是如此，某种诉讼职能的承担者的工作重心，使其无法避免地养成特定的司法心理倾向，如果由其同时行使其他诉讼职能，他依然会处在原有心理倾向性支配之中，故不可能有效。例如，侦查人员的职业使其养成注重揭露犯罪的司法心理倾向性，如果由其在侦讯犯罪的同时行使辩护职能，因他无法摆脱其心理倾向性，所以难免使其所担负的辩护职能成为空话。司法实践证明，我国的这种职权划分和职能分立，对于提高办案质量，防止冤错，具有关键性的保证作用。

在实施刑诉法之后，在特定的时期也曾出现过消弱甚至否定公、检、法三机关职权划分和控、辩、裁三种职能分立的现象。即所谓"联合办公"、"联合办案"、"一长代三长"、"一员代三员"以及限制甚至取消辩护人辩护。但在大部分正常时期，是坚持这一刑诉构造基本方面的，而且在实践中逐步得到完善。

如前章所述，在欧洲古代弹劾式诉讼构造中，虽初步具备控、辩、裁三方，但并无专门的国家侦查机关和起诉机关；在纠问式诉讼构造中，法院将起诉和审判集于一身，无专门的起诉机关。国家专门机关的职权划分和由不同的机关和人行使不同的诉讼职能，是近现代刑诉构造的特色。不过，必须看到，我国在此问题上虽然与现代西方国家有形式的相似，但仍有所不同。例如，关于侦查机关和检察机关的职权划分。在我国二者基本上是分立的，不能由一机关代行另一机关的职权，而在国外，不仅检

察官在侦查中指挥警察是普遍做法，而且有的国家，例如法国，驻上诉法院的总检察长甚至有权在执行任务时直接使用警察；另外，只要检察官认为适当，警察分局局长便可在违警法院履行检察职务。

总之，我国的职权划分和职能分立是我国刑事诉讼追求真实、合法、客观、公正的重要保证，是我国刑诉构造的基本特点。

（二）控、辩双方既对立又统一，决定二者特有的法律地位

我国刑诉法的任务和侦查人员、检察人员、辩护律师的性质，决定了他们在分别作为控诉方和辩护方进行刑事诉讼时，相互之间的关系并不是完全对立的，而是既对立又统一的。刑诉法第32条对此作了原则性的规定："审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序，收集能够证实被告人有罪或无罪，犯罪情节轻重的各种证据。严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据。"第33条规定："公安机关提请批准逮捕书、人民检察院起诉书、人民法院判决书，必须忠实于事实真象。故意隐瞒事实真象的，应当追究责任。"第28条规定："辩护人的责任是根据事实和法律，提出证明被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见，维护被告人的合法权益。"

侦查人员在侦查程序中，实施逮捕、拘留等强制措施，采取讯问被告人、询问证人、勘验、检查、搜查、扣押、鉴定、通缉等侦查行为，其首要目的在于搜捕人犯，收集证据，证明案情，揭露犯罪，使真正有罪的人无法逃避刑事追诉，从而最终使其受到应有的法律惩罚。不过，侦查人员在对符合强制措施法定条件并有实施必要的被告人，应依法采取强制措施的同时，对于不应当采取强制措施的人，则应予以释放或撤销强制措施；在收集证明有罪、罪重的证据的同时，也应收集证明无罪、罪轻的证据；对于符合起诉法定条件的案件应提出起诉意见书，同时，对符合

免诉条件的案件应提出免予起诉意见书，而在发现不应追究被告人刑事责任时，则应撤销案件。因此，侦查人员在讯问被告人时，不应只让他承认有罪的事实和罪重的情节，而"应当首先讯问被告人是否有犯罪行为，让他陈述有罪的情节或者无罪的辩解，然后向他提出问题"。（刑诉法第64条）。而作为被告人，他一方面有权进行无罪或罪轻的辩解，另一方面对侦查人员的提问，应如实回答。以上表明，侦查人员对于被告人，不应只倾心控诉，追求惩罚，而必须忠于事实和法律，全面地收集证据，准确地作出处理决定。

公诉人在审判程序中主要行使控诉职能，其讯问被告人、询问证人和鉴定人，调查物证、证言笔录、鉴定结论、勘验笔录以及其他作为证据的文书，与被告人和辩护人进行辩论，其主要目的在于支持起诉书对犯罪事实和情节的认定。不过，我国刑诉中的公诉人是代表国家出席法庭的，是站在事实和法律的立场上支持公诉的。他一方面要履行揭露犯罪，证实犯罪，并请求法庭对犯罪予以应有惩罚的职责；另一方面也履行着正确适用法律，保障无罪的人不受刑事追究，保障被告人合法权益，力求准确惩罚犯罪的职责。因此，公诉人在起诉书中也应陈述对被告人从轻、减轻处罚的情节；不应反驳被告人及其辩护人依据事实提出的有利被告的证据和对这种证据的合理解释，并应对正确的辩护观点予以接受以修正自己的公诉观点；对认定犯罪性质和情节不准确而不利被告的判决也应提出抗诉。在司法实践中，公诉人接受辩护观点，修正起诉书原有认定的情况是并不少见的。例如，接受辩护人关于被告人行为属情节显著轻微，危害不大，或属于正当防卫的观点，放弃起诉书的认定犯罪成立的立场；接受辩护人提出的被告人犯罪的性质是伤害不是杀人，是轻伤不是重伤，是一般盗窃不是重大盗窃，是抢夺不是抢劫等观点，改变原来对犯罪性质的认定；接受辩护人关于犯罪情节是未遂不是既遂，是中止

不是未遂，是从犯不是主犯，是再犯不是累犯等观点，改变原来对犯罪情节的认定；接受辩护人所提出的关于防卫过当、自首或立功表现等重大量刑情节的主张，改变请求法庭从重处罚的公诉观点，等等。这表明，在审判中作为控诉方的公诉人，其控诉与被告人及其辩护人的辩护是既对立又统一的。

辩护律师的职责是为被告人辩护。辩护律师接受委托后，阅卷、会见被告人、进行必要的调查，在法庭上询问被告人、证人、鉴定人，对物证、书证和有关书面证据材料进行调查，提出辩护证据，与公诉人进行辩论，其主要目的就在于发现卷中证据的疑点，反驳有关不利被告的材料和公诉观点，从而阐述被告人无罪、罪轻或应予减轻、免除其刑事责任的辩护观点。不过，辩护律师必须根据事实和法律从事辩护活动，维护被告人的合法权益；他的意志应被事实和法律所支配而不为被告人所左右；他必须站在国家和人民的立场上，尊重客观事实，积极维护国家法律的正确实施。因此，辩护律师在建议和支持被告人不接受违背事实和法律的指控的同时，也应促使被告人接受公诉人对犯罪事实和情节的正确认定。司法实践中，这种情况是常有的。例如，辩护人鉴于案卷中确实、充分的证据，劝说被告人在法庭上不要翻供；在辩护词中首先表明接受起诉书对事实和情节的正确认定以及对法律条文的正确适用；经过法庭调查和辩论，放弃起初不妥的辩护观点；建议被告人接受正确的判决而不要进行不必要的上诉，等等。这表明，辩护律师的辩护对于公诉人的控诉，既有对立的一面，又有统一的一面。

我国刑诉中的这种控辩关系，与西方国家、尤其是与英美显然不同，英美法中当事人之间的对抗充分反映了这一点。在美国，检察官作为控诉犯罪的当事人一方，其全部诉讼活动旨在使控诉成功，从而使被告人认罪。辩护律师作为当事人的另一方，是被告人的代理人，其全部诉讼活动则旨在使被告人从刑事追诉

中解脱，使其不被定罪或尽可能受到较轻的处罚。因而，控辩关系是始终处于对立状态之中的。解决这种矛盾的途径有两个：一是大多数案件所适用的罪状认否程序，二是正式的审判程序。罪状认否程序不是控辩加以统一的方式，而是控辩直接对立、斗争的过程。在此程序中，检察官为了达到使被告人认罪从而迅速了结案件的目的，常常隐瞒或无视对被告人有利的证据材料，只拿出对被告不利的证据材料，向被告人及其辩护律师摊牌。而辩护律师则往往极力贬低检察官持有的不利被告的证据价值，夸大有利被告的事实和情节在诉讼上的意义；在不能据此说服检察官时，便以坚决要求提交审判相威胁（美国的检察官办事处以保持均匀的和快速度的案件运转为工作原则），迫使检察官在定罪和科刑上作出让步。正如美国的一名公设辩护律师所述："如果办案的检察官在某些重要的诉讼中不赞同我们一致的意见，我们四名诉讼代理人往往就以要求所有的案件都由陪审团审理相威胁。他知道，如果我们使威胁得以实现，就可以使检察官办事处垮台。[1] 因此，此程序的"控辩交易"不是控辩基于事实的统一，而是经过斗争的妥协。在少数提交正式审判的案件的审理中，检察官与辩护律师更是常常利用法官对寻求事实真相缺乏积极性，不能控制审判进程的机会，凭借交叉询问的规则，针锋相对，旁敲侧击，叠床架屋，吹毛求疵。其目的不在共同查明事实使控辩趋向一致上，而在于拖延诉讼，因为"时间是最好的辩护老人"。拖延时间可使证人记忆模糊，使陪审团精力分散，从而更容易取胜。

综上所述，我国刑诉中的控辩关系之所以能够达到对立统一，就是因为侦查人员和检察人员不是所谓当事人一方，辩护律师也不是作为被告人代理人的当事人另一方；控诉方和辩护方

---

[1] "论美国的检察官"《法学译丛》1982年第3期。

（律师）都是站在事实和法律的立场上从事控辩活动。一句话，控诉方和辩护方在事实和法律上的共同立场，使控辩能够达到统一。

（三）控、裁双方既配合又制约，形成了特有的相互关系。

我国公、检、法三机关的性质和法律地位，决定刑诉中控、裁双方的相互关系是既配合又制约的。刑诉法规定的三机关互相配合、互相制约的原则以及三机关在刑诉中的具体活动规则充分体现了这一点。

在侦查程序中，为了逮捕人犯，以防其逃避或妨碍侦查、起诉和审判，保证刑诉活动的顺利进行，公安机关与人民检察院应互相配合。公安机关应写出提请批捕书，连同案卷材料和证据一并移送检察院审查批准。必要时，检察院可派员参加公安机关对于重大案件的讨论。检察院在接到公安机关提请批捕书后三日以内，应当作出批准逮捕或不批准逮捕的决定。同时二者又应互相制约。除了不批捕本身就是检察院对公安机关的一种制约外，检察院在审查批捕时，如果发现公安机关的侦查活动有违法情况，应当通知公安机关予以纠正，公安机关则应将纠正情况通知检察院。而公安机关认为不批捕有错误时，可以要求复议；如意见不被接受，可向上一级检察院提请复议，上级检察院应当立即复议，作出是否变更的决定，并通知下级检察院和公安机关执行。

在起诉程序中，为了保证侦查机关侦查终结的案件得到正确、及时的处理，公安机关和人民检察院应互相配合。公安机关应写出起诉意见书或免予起诉意见书，连同案卷材料、证据一并移送检察院审查，检察院应在法定期限内作出起诉、免予起诉或不起诉的决定。同时，二者又应互相制约。检察院对于公安机关请求起诉的案件作免予起诉的处理，对于请求免予起诉的案件作不起诉的处理，就是对公安机关的制约。同时，检察院在审查起诉时应审查侦查活动是否合法，如发现侦查中有违法现象，应及

时提出纠正意见。检察院对于公安机关移送起诉的案件，决定免予起诉或不起诉的，应将决定书送公安机关。公安机关认为免予起诉或不起诉决定有错误时，可要求复议；如意见不被接受，可向上一级检察院请求复议。另外，检察院决定将案件退回公安机关补充侦查，也可视为对公安机关的制约。

在审判程序中，检察院和法院的互相配合和互相制约的主要体现是：法院在审查提起公诉的案件后，应分别作出开庭审判、退回检察院补充侦查和要求检察院撤回起诉的决定；检察院接到开庭通知后应派员出庭支持公诉；公诉人在法庭上应接受审判长对庭审的指挥，同时在发现审判活动有违法情况时，有权向法庭提出纠正意见；法院应将判决书送达提起公诉的检察院，检察院认为判决和裁定确有错误时，应向上一级法院提出抗诉。

我国公、检、法三机关之所以有这样的互相配合和互相制约的关系，其主要原因有二：一是我国的侦查机关和检察机关在刑诉中不是同属于单一地专司控诉职能的当事人一方，而是分别行使侦查职权和检察职权的国家专门机关；二是我国的检察机关在刑诉中具有特殊而重要的法律地位，既在侦查机关侦查的案件中和审查起诉中行使着裁判职能、法律监督职能，同时又在审判程序中行使着控诉职能和法律监督职能。实践证明，这种互相配合和互相制约的关系，既能保证办案的效率，有效地惩罚犯罪，又能保证办案的质量，防止可能发生的错误和偏差，并及时纠正已经发生的错误。

西方国家刑诉中警察、检察、审判机关之间的相互关系与我国是不同的。第一，警察和检察官之间是一种协助关系，警察在侦查中隶属于作为控诉方的检察官。在英国，作为地方检察官的主要职能之一，就是向警察提供诉讼意见，指导侦查活动。在美国，警察负责向检察官提供证据，并在法庭调查时作为检察官方的证人出庭作证。在法国，驻上诉法院总检察长在直接使用警察

时，警察便成为他的下属；一般检察官则有权指挥警察进行初步侦查。在日本，检察官对司法警察职员进行一般性指示、一般性指挥和具体性指挥，因而二者是协助关系；如果司法警察职员没有正当理由又不服从检察官的指示或指挥，检察机关的首长可向公安委员会提出惩戒或罢免的追诉。可见，国外警察和检察官之间并不存在互相制约的关系，检察官与警察是一种支配与被支配关系。第二，关于检察官与法官的关系。除联邦德国的检察官在审判中有权监督审判活动是否合法外，其他主要西方国家的检察官对法官都没有这种监督权力。法国的检察官仅有权对判决发表意见；英国的检察官只可就法院判决中的法律错误要求原审法院复议；美国的检察官与法官则更热心于合作（所谓"面包与黄油的关系"）；而日本的检察官则只能请求法院正确适用法律（《日本检察厅法》第4条）。

综上所述，控、辩、裁三方分立，控、辩双方既对立又统一，控、裁双方既配合又制约，是我国刑诉构造的基本特点，也是我国刑诉构造的特色和优点。对于这些刑诉构造的主要方面，我们应当继续坚持并逐步加以完善。

三、我国刑诉构造的类型

认识我国刑诉构造的类型，除了应以控、辩、裁三方在诉讼中的地位和关系为标准外，还应以职权主义与当事人主义这种诉讼构造的基本类型为根据。只有这样，才能把研究纳入刑诉构造论之中，而更重要的是能够把我国的刑诉构造与世界主要国家的刑诉构造加以比较，看到我国刑诉构造类型的优点和存在的问题，从而为完善我国刑诉构造奠定理论基础。

以职权主义与当事人主义为根据来考察我国刑诉构造的类型，我们便可看到，虽然我国刑诉构造具有某些当事人主义的因素（如检察机关具有一定的起诉裁量权；可决定免予起诉或不起

诉；赋予被告人及其辩护人一定的诉讼权利；法庭审理实行一定程度上的辩论式等）。但就构造类型的主要方面而言，是属于职权主义类型的。通过对侦查、起诉和审判程序的具体构造进行考察，便可证明这一点。

（一）关于侦查程序

1、在此程序中，被告人无权委托辩护人。根据刑诉法第110条第2款规定，被告人只能在起诉后开庭前七日接到起诉书副本时，委托辩护人或由法院指定辩护人。如果按照1983年9月2日第六届全国人民代表大会常务委员会第二次会议通过的《关于迅速审判严重危害社会治安的犯罪分子的程序的决定》第2条规定，法院可在开庭前的任何一天通知被告人委托辩护人，并立即开庭审理。这样，被告人委托辩护人的时间距审判便可能更近。此程序中的辩护，主要是被告人在被侦查人员讯问时所进行的辩解。因此，侦查程序中的诉讼活动主要是作为国家专门机关的公安机关和检察机关的追诉活动。

2、被告人无权对侦查人员的讯问保持沉默。刑诉法第64条规定："被告人对侦查人员的提问，应当如实回答。但是对与案件无关的问题，有拒绝回答的权利"。故凡是与案件有关的问题，被告人都应如实回答，无权加以拒绝。

3、除逮捕须经检察院批准外，公安机关有权自行采取搜查和扣押物证、书证等强制处分（证明文件由县以上公安机关负责人签发）。检察机关对侦查机关的法律监督，除通过审查批捕和审查起诉进行外，法律尚未明文规定其他途径。

以上种种，反映出我国侦查程序的构造的特点就是侦查机关以查明案件事实真相为目的，依职权积极主动追诉犯罪，是属于职权主义的类型。

（二）关于起诉程序

1、我国起诉程序不以起诉便宜主义为起诉原则。刑诉法第

100 条规定:"人民检察院认为被告人的犯罪事实已经查清，证据确实、充分，依法应当追究刑事责任的，应当作出起诉决定，按照审判管辖的规定，向人民法院提起公诉"。第 101 条规定:"依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的，人民检察院可以免予起诉"。根据这两条规定，笔者认为我国提起公诉的程序是以起诉法定主义为原则，并根据惩办与宽大相结合的刑事政策，以起诉便宜主义为补充。仅从注释的角度来看，就能够证明这一点。第一，关于条文的顺序。日本是典型的采取起诉便宜主义的国家，其刑诉法第二章"公诉"中首先便规定了起诉的两个原则，一是国家追诉主义（第 247 条），二是起诉便宜主义（第 248 条），而没有关于检察官在法定条件下应当起诉——起诉法定主义的规定。我国刑诉法首先规定了检察院在法定条件下应当起诉，其次才规定在法定条件下可以免予起诉。第二、关于法律用语。刑诉法在规定提起公诉时用的是"应当"，而在规定免予起诉时则用的是"可以"。根据我国关于法律用语的通常解释，"应当"是绝对的，硬性的，必须这样做；而"可以"则是相对的，选择性的，依据情况决定要不要这样做。

2、我国起诉不实行起诉书一本主义，刑诉法对侦查机关向检察院移送案卷材料和证据作了明确规定。第 93 条第 2 款规定:"公安机关侦查的案件，侦查终结后，应当写出起诉意见书或免予起诉意见书，连同案卷材料、证据一并移送同级人民检察院审查决定。"对于检察院向法院提起公诉时是否将案件材料和证据一并移送问题，虽然没有明确规定，但刑诉法的其他规定则表明必须移送。第 108 条规定:"人民法院对提起公诉的案件进行审查时，对于犯罪事实清楚，证据充分的，应当决定开庭审判；对于主要事实不清，证据不足的，可以退回人民检察院补充侦查；对于不需要判刑的，可以要求人民检察院撤回起诉"。因此，如果检察院不移送全部卷宗和证据，那么法院就无法对公诉案件进行

审查，也就无法分别作出上述三种决定。在司法实践中，检察院在提起公诉时，必须移送侦查机关的预审卷宗（派出所的调查笔录和刑警队的侦查笔录以及预审科、股的预审笔录）和本院的检察卷宗（主要是讯问被告人、询问证人和补充侦查、调查的笔录）以及各种物证、书证，而且，要在起诉书附注事项一栏中，注明案卷的册数、物证、书证的清单及需要传唤的证人姓名、住址等。另外，关于起诉书的内容，在被告人基本情况的介绍中，要写明被告人的文化程度、前科等；在犯罪事实和证据的阐述中，要写明犯罪的动机以及证明犯罪事实和情节的基本证据。这些也当然都是当事人主义所禁止的。

3、被告人在此程序中仍无权委托辩护人，不能由辩护人就起诉问题向检察院提出辩护意见，只能由其本人在检察人员讯问时进行辩解，或根据刑诉法103条规定对不服的免予起诉决定提出申诉。因此，在此程序中，仍然主要是由作为国家专门机关的公安机关和检察机关进行诉讼活动。

（三）关于审判程序

我国刑诉法规定，开庭前被告人有权委托辩护人（第110条）；被告人及其辩护人可以申请审判长对证人、鉴定人发问，或者请求审判长许可直接发问（第115条）；审判长在出示物证、宣读证人证言、鉴定结论、勘验笔录和其他作为证据的文书后，要听取被告人和辩护人的意见（第116条）；被告人及其辩护人在法庭审理过程中，有权申请通知新的证人到庭，调查新的证据，申请重新鉴定或者勘验（第117条）；在法庭调查结束，公诉人发言后，被告人进行陈述和辩护，辩护人进行辩护，与公诉人进行辩论（第118条）。在现代德、法等欧洲大陆职权主义国家的刑诉法中，都有着类似的规定，这些内容并不能改变其诉讼构造上职权主义的性质。可以说，这已经不能成为区分现代职权主义与当事人主义的审判程序构造的根据，而成为现代刑诉构

造两大基本类型的共同属性。因此，不能以我国审判程序具有这些内容为理由，认为我国审判程序构造类似当事人主义，或者认为就是辩论式的。就我国审判程序的主要方面而言，仍然是属于职权主义的。

1、审判长指挥审判。审判长通过庭前的阅卷和调查的准备，已基本掌握了案件的事实和证据。因此，不仅法庭调查证据的顺序、范围和方法由审判长（通过合议庭其他人员）决定，而且审判长直接指挥审判的进程。公诉人和辩护人对被告人发问，被告人和辩护人对证人发问，申请新证人到庭，调取新的物证，申请重新鉴定或者勘验等，都必须经审判长或法庭许可。审判长认为发问的内容与案件无关的时候，应当制止（第145条）。"在法庭审判过程中，如果诉讼参与人违反法庭秩序，审判长应当警告制止，情节严重的，可以责令退出法庭或依法追究刑事责任。"(第119条)

2、法庭依职权主动调查证据。在开庭前"人民法院在必要的时候，可以进行勘验、检查、搜查、扣押和鉴定。"（第109条）在开庭时，当公诉人宣读起诉书后，审判人员便开始审问被告人(第114条、第182条)。出示物证、宣读未到庭的证人的证言笔录、鉴定人的鉴定结论、勘验笔录和其他作为证据的文书，均由审判人员进行（第116条)。

3、公诉人和辩护人对证人、鉴定人的询问，不采取交叉询问的规则，由法庭依职权决定公诉人和辩护人进行询问的顺序、次数和方式。

四、我国刑诉构造类型的评价

首先需要说明的是，笔者认为我国刑诉构造的类型属于职权主义，是从构造类型的分类上进行的形式上的大体划分，并不意味着我国的构造类型与欧洲大陆职权主义类型没有区别。撇开上

述关于我国刑诉构造的基本特点不谈，即使在构造类型上，我国也有着不同于国外的特点，这就如同国家结构形式的分类一样，我国属于单一制，但这并不意味着我国在结构形式上与世界其他单一制国家完全相同，没有特色。

再者，笔者认为，不能简单地说职权主义与当事人主义孰优孰劣，因为二者各有长短。不过比起职权主义，当事人主义则更符合人类刑诉发展的规律。因此，评价我国刑诉构造类型，既要肯定和坚持积极的方面，又要看到有待改革和完善的不足之处。

先看看我国刑诉构造类型中值得肯定的方面。

在侦查程序中，我国刑诉法赋予侦查机关侦查、拘留等权力，有利于保证侦查程序任务的完成。刑事犯罪的复杂性和我国现阶段刑侦技术水平的有限性，决定我国侦查机关必须拥有有效对付刑事犯罪的权力和手段。刑诉法赋予侦查机关侦查和拘留的权力，使侦查机关能够充分发挥其主观能动性，揭露犯罪、证明犯罪，并依法作出不同的处理。特别是在对付严重刑事犯罪和集团犯罪上，侦查机关在侦查活动中的广泛的权力发挥了强有力的作用。在我国侦查实践中，严重犯罪和集团犯罪的侦破率一直很高，便证明了这一点。

被告人不是侦查构造中的侦查对象，而是这一构造中的诉讼主体。被告人有权进行无罪或罪轻的辩解。虽然刑诉法规定被告人对于侦查机关的提问应当如实回答，但并不能由此认为被告人在侦查程序中是审问的对象，或认为这样便引起被告人在侦查中的诉讼地位的恶化。因为在我国刑诉中，负有举证责任和证明责任的是公、检、法机关，而不是被告人；要求被告人如实回答提问，并不意味着被告在侦查程序中便负有举证责任和证明责任。对于无罪的被告人来说，如实回答，有利于消除案件的疑惑，使其早日解脱刑事追诉。对于有罪的被告来说，如果罪轻，可借此述明从轻、减轻的情节；如罪重，则因坦白而可能获得从宽的机

会。当然，即使保持沉默，不作陈述，也只能招致认罪态度不好的法律后果。因此不能仅以被告人是否有沉默权来衡量我国侦查程序中被告人的地位。

在起诉程序中，以起诉法定主义为原则，以起诉便宜主义为补充，使我国起诉程序从整体上体现出合理性。对于被告人的犯罪事实已经查清，证据确实、充分，并且依法应当追究刑事责任的，检察院依法提起公诉，能够切实贯彻刑法的罪刑相适应原则，使刑诉法惩罚犯罪，保护社会的功能得以发挥。对于依照刑法规定，不需要判处刑罚或者免除刑罚的，检察院可以免予起诉，这是我国历来所实行的惩办与宽大相结合的政策，以及刑法的刑罚个别化原则在刑诉中的具体体现。尽管免予起诉还不尽完善，在实践中存在着某些问题，但实行免予起诉的实践证明，这一诉讼方式对于实现特殊预防和一般预防的刑罚目的，有着不容否认的积极作用。既能够一方面使犯罪人本人认罪服法，悔过自新；另一方面又能促使其他犯罪人投案自首，坦白交待。另外，这一诉讼方式还起着迅速结案，减少法院不必要的工作负担的作用。职权主义国家，如联邦德国，虽然也在实行起诉法定主义的同时，允许检察院经管辖法院同意后不起诉，但仅限于轻微犯罪；英美以起诉便宜主义为原则；而日本虽然对检察官的自由裁量权有所限制，但作为起诉原则，则是起诉便宜主义。

在审判程序中，由于在我国举证责任和证明责任不仅由行使控诉职能的公安机关和检察院担负，而且也由行使裁判职能的法院担负。因此，法院在审判中积极发挥其主导作用，指挥法庭审理，并主动地收集证据和调查证据，是法院履行其责任所必须的。法院站在客观、公正的立场上行使其职权，履行其责任，在公诉人和被告人及其辩护人的参加下，共同调查证据，并充分听取双方的控辩意见，评估双方辩论的结果，这是我国审判程序达到重新验明证据，准确认定案件事实，正确适用法律这一目的的

重要程序保障。因而，我国审判人员在审判中的主导作用应当予以肯定。当事人主义的法庭审理中，法官作为"仲裁人"消极审理的做法，对于我们来说是不可取的。

现在，我们来看看我国刑诉构造类型的种种不足。

1、在侦查程序中

第一，被告人没有辩护人委托权。这一问题已引起我国学者的广泛注意，并被学者们作为完善我国辩护制度的一个重要课题。刑诉法对被告人这一权利的限制，使被告人在侦查程序中处于孤立和被动受审的不利境地。仅凭其个人的辩解，难以使其合法权益得到切实充分的尊重和保护，从而容易造成实体问题上的不利。更重要的是，由于不允许辩护律师介入侦查程序，因而在此程序中，只有控诉方积极主动的追诉活动，而没有辩护方积极主动的辩护活动，这对于同时收集有罪与无罪，罪重与罪轻的证据，准确地认定案件事实，进而正确地作出侦查程序的处理，是显然不利的。现代世界文明国家，不论英美法系国家还是大陆法系国家，均已在法律中肯定了被告人在侦查程序中委托辩护律师的权利。就连原苏联、东欧国家的刑诉法，也有类似的规定。因此，可以说辩护律师参与侦查程序问题，在世界范围内已经达成共识，不存在某种特定的诉讼价值观能否接受的问题，在理论上也不存在任何争议。一句话，辩护律师参与侦查程序已成为现代刑诉发展的一条不容置疑的规律。我国所面临的问题仅仅是愿不愿，能不能顺应这一规律而已。1990 年在古巴首都哈瓦那召开的第八届联合国预防犯罪和罪犯待遇大会上，联合国各成员国的代表一致通过了《关于律师作用的基本原则》的法律文件。该文件第一条明确规定："一切个人都有权请求由其选择的一名律师协助保护和确立其权利并在刑事诉讼的各个阶段为其辩护。"第 5 条规定："各国政府应确保主管当局迅速告知遭到逮捕或拘留，或者被指控有刑事罪的一切人，有权得到自行选定的一名律师提供协

助。"第7条进一步规定："各国政府还应确保被逮捕或拘留的一切个人，不论是否受到刑事指控，均应迅速得到机会与一名律师联系，不管在何种情况下，至迟不得超过自逮捕或拘留之时的四十八小时。"既然我国代表团赞同并接受这一法律文件，那么我国理应逐步创造条件，通过立法和司法遵守这一国际法律文件。而对于理论研究来说，明确我国在此问题上已落后于时代，并具体探讨我国应怎么做，则是重要的和迫切的。

第二，侦查监督不完善。侦查程序中侦查机关和检察机关职权的明确划分，是值得肯定的我国刑诉构造的基本特点之一。然而，也必须注意到，侦查机关虽然不应象国外那样受到检察机关的支配，但是必须受到检察机关的制约和监督，尤其在我国这样的辩护律师不能介入的秘密式侦查程序中，更应如此。否则，侦查人员独断专行的现象将是不可避免的。检察机关对公安机关的制约，主要是决定批捕和决定起诉、不起诉和免予起诉，而监督则是针对公安机关的侦查活动。在司法实践中，侦查人员的违法行为多数发生在侦查活动中，因而，侦查监督在侦查程序中尤为重要。由于刑诉法所规定的侦查监督的途径十分有限（主要是审查批捕和审查起诉），而且缺乏侦查监督的一整套制度，所以在实践中，侦查监督难以经常化、制度化，成为侦查程序中的一项软指标。笔者认为，侦查监督的不完善，是仅次于辩护律师不能参与侦查程序的我国侦查程序构造的第二大不足之处。

第三，侦查机关的侦查权力过大。在侦查程序中，被告人的诉讼权利非常有限，而侦查机关却享有着广泛的侦查权力。这主要表现在侦查机关除经检察机关批准实施逮捕和自行实施拘留外，能够不受其他机关的制约而独立地行使搜查和扣押的权力。搜查和扣押属侦查强制处分，不仅与被告人的诉讼权利和其他合法权益有关，而且与其他公民的合法权益密切相关。在国外学者眼里，搜查和扣押绝不仅仅是侦查程序中的侦查手段问题，而是

涉及到刑事诉讼与人权保障的重大问题。因此，在当今世界主要国家，警察是无权决定搜查和扣押的，只有在获得了由法官或检察官签发的搜查证和扣押证后，才能实施。我国在此问题上的做法，虽然有利于侦查活动的有效展开，但显然不利于对被告人和其他公民合法权益的保护。

第四，检察机关的自行侦查缺乏有效的制约。在国外，法官介入侦查程序，检察官的侦查受到法官的制约。在我国，审判人员不介入侦查程序，因而对检察机关的自行侦查制约便有赖于其内部。虽然，随着检察机关内部机构和分工的调整，已初步改变以往的法纪检察和经济检察部门办理自侦案件“一杆子插到底”的做法，但是，由于缺乏制度的保证，这种内部制约并非切实、有效。

第五，没有保释制度，而被作为诸种强制措施之一的取保候审，根本起不到确保被告人在判决有罪之前继续行使其自由权的作用。无论被告人是否现行犯，证明其构成犯罪的证据是否确实和充分，从刑诉法理上说，在法院依法判决他有罪之前，应当推定他是无罪的。既然被告人尚未因被判有罪而丧失其法律保护的自由，那么，他就有权在侦查和起诉程序中，以及在有罪判决生效前的审判程序中继续行使其自由权，而不能因其涉嫌犯罪，被侦讯、被起诉，乃至被审判而剥夺其自由，将其关押。当然，对有些被告人需要采取暂时剥夺其自由，予以关押的措施，但关押的根据不能是其涉嫌犯罪且证据确实和充分，而只能是有充分理由认为如不关押，他便可能逃避或者妨害侦查、起诉和审判。不能认为，所有被告人都可能实施逃避或者妨害的行为；也不能认为，除了患严重疾病、怀孕或者哺乳自己婴儿的被告人，以及涉嫌轻微犯罪的被告人以外，其他被告人都可能实施逃避或者妨害的行为。因此，可以认为，除了有充分理由认为可能实施逃避或者妨害行为的少数被告人应当经逮捕而被关押外，多数被告人应

当继续享有其法律保护的自由。然而，在我国，虽然无罪推定的法理已经逐渐被人们所接受，但是在判决被告人有罪之前应继续保持其自由状态的法理却不被人们所重视。因而，我国至今仍未建立保释制度，而取保候审因其适用对象的限制以及实施中选择保人并非易事等因素，没有起到国外保释制度的作用，致使许多本应享有自由的被告人被关押，导致看守所人满为患。大量关押被告人的弊端，首先是严重侵犯本应享有自由的被告人的自由权，使被告人在并未被判决有罪之前便失去了社会生活和家庭生活，饱尝远胜于劳改场所的看守所关押之苦；其次是在查明被告人不构成犯罪时，或者在证据不足不能认定被告人有罪时，公安机关可能坚持或掩盖其报捕的错误而将被告人移送起诉，检察机关可能坚持或掩盖其批捕的错误而对被告人作免诉处理；再次是我国尚未建立刑事损害赔偿制度，如果查明被告人不构成犯罪，或者不能认定被告人有罪，或者被告人被判决无罪，其被错误关押而遭受的损害便无法得到赔偿。另外，被告人因被关押而难以进行必要的诉讼准备，看守所中人犯互相虐待，传习犯罪方法等等弊端都是客观存在的。因此，没有保释制度，确为我国刑诉的一大缺陷。以控、辩、裁三方法律地位和相互关系为研究对象的刑诉构造论，理应对判决前被告人的自由权这一重要的被告人法律地位的问题予以极大的关注。

2、在起诉程序中

第一，免予起诉制度的缺陷。刑诉法第 102 条第 3 款和第 103 条规定，被害人和被告人如果对检察机关免予起诉的决定不服，可在七日内向作出决定的检察院申诉，由该检察院复查并通知复查结果。可见，对于被害人和被告人不服的免予起诉，只要作出决定的检察院认为没错，就无从改变，被害人和被告人无能为力，上级检察机关也无法制约。另外，检察机关自侦案件的免予起诉，更是缺乏制约机制。联邦德国检察官对轻微案件不起

诉，要经管辖法院同意，同时还可通过被害人由上级检察院或法院对检察官的不起诉进行直接制约。日本则实行检察审查制度和交付审判制度，通过民众机构和特定的个人，由检察长和法院对检察官的不起诉权加以限制。应当注意，在德、日等国家，检察官根据一定的情况，对人犯不起诉，其性质就是终止诉讼，不涉及被告人是否有罪的问题，不起诉决定实际上与无罪判决无异。但是，我国的免予起诉的性质则是双重的，即一方面认定被告人有罪，而且是最终性认定；一方面又终止诉讼。因此，我国刑诉法对免予起诉的限制本应比德、日等国对不起诉的限制更加严格，但是实际的情况却恰恰相反。国内学者之所以提出免予起诉制度的存废问题，就是因为现行免予起诉制度无论在谨防冶人人罪，还是在避免放纵犯罪上，都有严重的不足。

第二，侦审连锁式起诉方式的弊端。我国实行检察机关在提起公诉的同时，向法院移送卷宗和证据的起诉方式。关于起诉书一本主义，国内学者尚未系统研究，因而学界未充分注意到实行侦审中断式起诉方式的诉讼价值。但是，这并不意味着英、美、日等国实行起诉书一本主义所要力图克服的诉讼弊端在我国根本就不存在。这种诉讼弊端表现为，法官因审判前阅卷和审查证据而对案件形成基本固定的看法，进而"先入为主"，使控诉方——公诉人在开庭前就因法官基本接受其主张而居于优势的诉讼地位，致使被告人及其辩护人难以有效地进行辩护，从而最终导致法庭审理形式化、走过场。笔者认为，这种诉讼弊端在我国不仅存在，而且其表现更甚于起诉书一本主义所要避免的状况。因为起诉书一本主义在国外旨在防止法官"先入为主"，产生预见和偏见，而在我国，实践中存在的不仅仅是审判人员的"先入为主"的问题，而且是"先定后审"的问题。人们探讨"先定后审"的原因，通常总是着眼于审判程序。在笔者看来，这是没找到地方，应将视线投在起诉程序上，侦审连锁式起诉方式才是造成"先定后审"

的根本原因。正是因为审判人员在开庭审理前有卷可阅，有证据可审查，才可能通过各种途径（上级法院、本院审判委员会、合议庭等）和各种方式（意见、决定、判决书草案、乃至正式判决书）"先定"，进而"后审"。因此否定侦审连锁式的起诉方式，是否定"先定后审"的必然结论。

3、在审判程序中

第一，审判人员倾向控诉。由于审判人员实际上承担着证明犯罪这种意义上的证明责任，而且在庭审前已阅卷和审查证据，通过"先定"或预见，已基本确认公诉人的指控，所以在庭审过程中往往难以冷静地"兼听"控辩，其依职权对证据所进行的优先调查，不可避免地带着追诉的成份。客观、公正的法庭审理和判决，来自于审判人员客观、公正的诉讼立场。审判人员倾向控诉，必然使法庭审理向控诉方倾斜，从而势必使判决侧重于惩罚犯罪。

第二，控辩双方的不平等。在理论上，公诉人与辩护人在法庭审理中的诉讼地位是平等的。但是，在审判实践中，辩护人往往难以取得与公诉人平等的地位。造成这种状态的主要原因有三：一是以上所述审判人员的倾向性实际上起到了一种协助控诉，强化公诉人地位的作用；二是公诉人凭借其法律监督者的身份，在法庭上谋求压倒辩护人的优势地位，且通常并不受到审判人员的阻止；三是辩护人在法庭审理中的诉讼权利有限，无力改变自己的不利境地。控辩双方的平等，是法庭全面调查证据、审判人员充分"兼听"，进而准确认定事实、正确适用法律的重要保证。因此，必须通过确定有关的法庭审理原则和规则，切实地保障这种平等。

第三，法庭审理的间接性和书面性。在审判实践中，不传唤该出庭的证人、鉴定人出庭作证，是普遍的做法，直接审理原则未受到重视。正因为如此，法庭调查满足于宣读书面的证人证言

和鉴定结论，不贯彻言词审理原则。这种审理方式，使法庭审理按照审判人员的预见和意愿进行，控辩双方无法充分地立证、问证和辩论。特别是辩护方难以利用法庭调查和辩论这一对被告人来说最重要的机会，展开辩护活动，最终导致法庭审理不是直接而全面地验证所有证据材料，而是履行法律手续。除少数情况外，审判人员在审前对认定事实和适用法律的预见，与审后的结论基本一致。法庭审理的直接、言词原则和交叉询问规则，在一定程度上反映着现代刑事审判活动的规律，因而，轻视这种原则和规则致使审判活动难以实效化，也就是必然的了。

4、在证据规则中

我国刑诉法也规定了一些收集、审查和运用证据的规则，但是这些规则不仅过于简单、笼统，而且更重要的是缺乏保障性的法则，不能有力地纠正和有效地预防违反规则的行为，致使有些重要的证据规则形同虚设。证据规则的简陋和保障性法则的缺乏，其主要危害是在国家公安和司法人员收集、运用证据的活动中，被告人和其他公民的人身权利、财产权利、民主权利以及其他权利会受到无法抵御的不法侵害，使得我国刑诉构造在证据问题上不仅集中体现出职权主义的特征，而且带着纠问式的色彩。因为，证据规则或法则从根本上说是为了约束国家专门机关工作人员，以保护人权和保障司法文明的。肯定会有人认为这种概括过于偏激，但事实上确实如此。笔者以为，我国证据规则的最大缺憾就是不承认和设立自白排除法则和违法证据排除法则，而由这两个法则便足以论证上述观点。

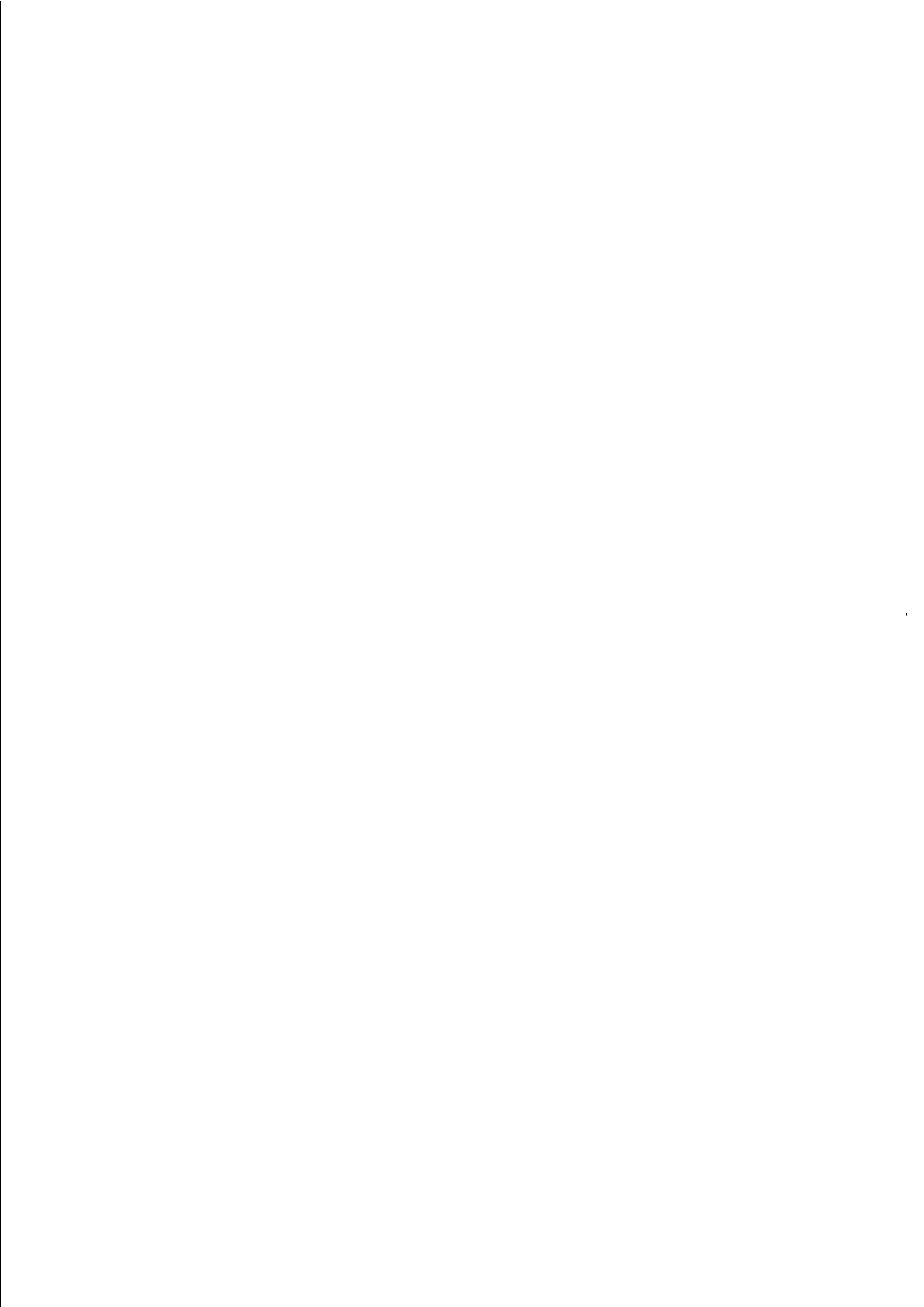
第一，关于自白排除法则。我国刑诉法明确禁止刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法方法收集证据，但是刑讯逼供等野蛮、粗暴或奸诈的非法取供现象至今在我国各地仍不同程度地存在着。凡是了解公安派出所、刑警队和看守所实务且有法律良知的人，看来都不会否定这一点。刑讯逼供是司法落后的主要

标志之一，时至今日我国仍无法消除这一我国历史上的恶劣传统，实在与我们所处的时代格格不入。自白排除法则是英国的传统，并在美国得以充分地发展。在近代，英国人和美国人用这一法则对付刑讯逼供——排除刑讯逼供所获口供。而在现代，美国人已经不能满足克服刑讯逼供所带来的有限司法文明了，而用这一法则反击警察侵犯被告人沉默权、律师协助权和不受非法拘禁权的行为——没有告知被告人享有沉默权和被告人并未宣布放弃沉默权情况下所获自白、律师不在场时所获自白以及非法延长拘禁期限所获自白，统统予以排除，不得作为证据使用。这里是探讨我国的问题，故暂且不对国外的自白排除法则加以评价，但对国外做法的初步了解便使我们看出，我国连近代意义上的自白排除法则都没有，可以说是我国至今无法减少刑讯逼供等非法取供现象的主要原因之一。仅仅在形式上用法律禁止非法取供，而在内容上则承认非法手段所获口供的有效性，并加以运用，这不仅不能够减少非法取供现象，反而会助长这一现象的滋生。因此，现在是我们正视我国的现实和重视自白排除法则的时候了。

第二，关于违法证据排除法则。这一法则的主要内容是排除非法搜查与扣押所获得的证据。我国宪法明确规定，公民的人身自由、住宅、通信自由和通信秘密不受侵犯，禁止非法搜查。然而，宪法的这一基本精神在刑诉活动中是难以切实贯彻的。刑诉法虽然规定了搜查与扣押的程序和规则，但却缺乏保障性的法则。非法搜查与扣押所获证据材料，只要查证属实，照样可以作为证据使用。正因为形式上反对非法搜查与扣押，而实质上却肯定非法搜查与扣押所获"成果"，再加上在我国公安机关有搜查与扣押的决定权，而不象国外是由法官或检察官决定，故非法搜查与扣押在我国司法实践中相当普遍。而在人们的观念中，比起刑讯逼供，非法搜查与扣押似乎算不得什么，管他有没有搜查证，只要头戴大沿帽，臂佩公安章，搜查与扣押就是他的权力和公

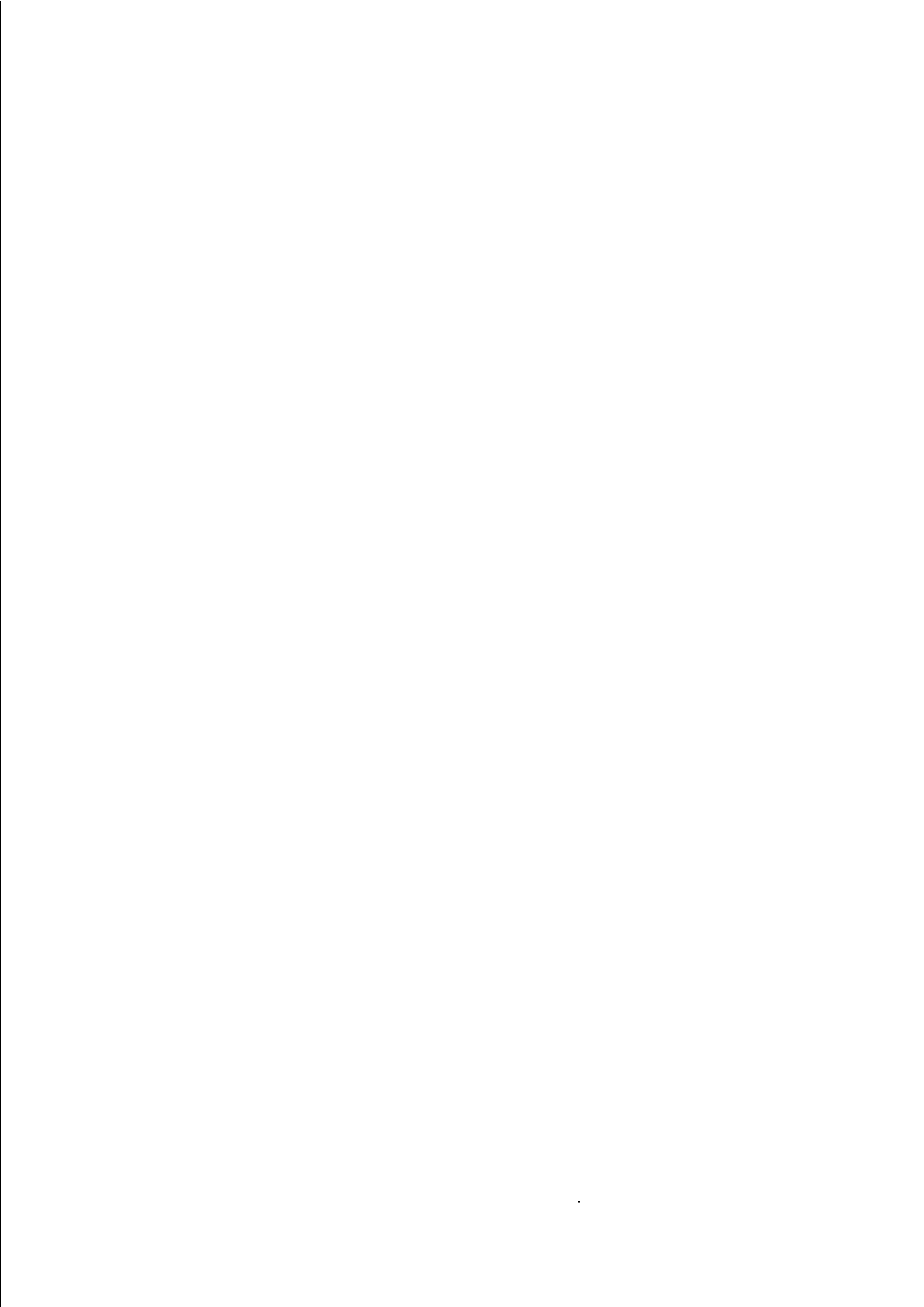
务，不得拒绝，否则会招来更大的麻烦。中国公民的这种法律意识现状，又在客观上为非法搜查与扣押者提供了便利条件，使得那些无视法律，蔑视公民权的执法者有恃无恐。在现代，美国联邦最高法院不能容忍警察违反宪法、非法搜查与扣押的行为，通过判例创立了违法证据排除法则，并向全国推行，从根本上否定这种严重侵犯人权的非法行为。虽然，对于这一法则几十年来美国学界和司法界一直存有争议，但是至今仍在美国被合法地适用，只是到八十年代受到了一些限制。笔者以为，在我国应否设立违法证据排除法则的问题，实质上是一个能否继续容忍非法搜查与扣押行为的问题。刑事犯罪的复杂性和刑侦技术的有限性，必然使得刑事诉讼不可能从一开始就针对特定的嫌疑人，故搜查与扣押这种初步侦查措施的适用对象也不可能总是涉嫌人；刑讯逼供一般都是针对已有证据证明嫌疑存在的特定的被告人所实施的，而非法搜查与扣押则常常针对警察认为需要搜查的不特定的普通公民实施。据此可以说，刑讯逼供的严重违法性，在于其侵害被告人的手段的残酷性，而非法搜查与扣押的严重违法性，则在于其侵害公民的范围的广泛性。因此，我们既不能容忍残酷侵害个别涉嫌公民的不法行为，也不能容忍广泛侵害普通公民的不法行为。而要真正纠正和预防非法搜查与扣押行为，就需要研究和借鉴国外的违法证据排除法则，除此之外尚无其他良策。

总之，虽然我国刑诉构造有着区别于国外的、应当肯定的基本特点，但是构造类型上的职权主义，又表现出我国刑诉构造一定程度上的不足和弊端。因此，我们丝毫也不能醉心于讴歌我国刑诉构造的特色，而应当探索规律、顺应潮流，改革和完善我国的刑诉构造。



下篇　运作

我们是中国人。行动的犁只有耕耘中国的土地，才能收获金色的秋。



什么是侦查？中国的老百姓会说：不就是警察抓罪犯嘛？别说老百姓不懂法，这句话还真说了个准！

警察厉害，连三岁的孩子都怕；侦查就是抓；被抓的就是罪犯——这可说是中国侦查程序的真实写照。

警察不能那么厉害，侦查不能就是抓，被抓的并不就是罪犯——这也可说是中国侦查程序的理想描述。

第六章　侦查程序

整个刑事诉讼程序犹如一座大厦，而侦查程序则如同这座大厦的地基。如果地基的构造不合理，不坚固，那么整个大厦就有可能发生倾覆。同样，如果侦查程序的构造不合理，不坚固，那么整个刑事诉讼程序就有可能发生偏差，甚至导致出入人罪。中外刑事诉讼的历史已经反复证明，错误的审判之恶果从来都是结在错误的侦查之病枝上的。研究侦查程序构造的完善问题，就是为了加固刑诉程序大厦的地基，警惕结出审判恶果的病枝的生长。

侦查程序的构造是指侦查人员、检察人员与被告人及其辩护人在侦查程序中的法律地位和相互关系。这里将以我国刑诉目的对刑诉构造的基本要求为根据，以我国职权主义的侦查程序构造所存在的问题为对象，就此程序构造的完善问题提出建议或设想。主要阐述六个问题：一，侦查程序的目的；二，辩护律师参与侦查程序及其诉讼权利；三，侦查监督；四，搜查和扣押；五，检察机关的自行侦查；六，保释制度。

一、侦查程序的目的

我国刑诉的目的是惩罚犯罪与保障人权，各个诉讼程序应当具有与这一目的相一致的具体目的；刑诉目的正是通过各个程序的具体目的的实现而最终得以实现的。

侦查程序的目的直接决定侦查程序的构造，因而，探讨构造的完善问题，就不能不重视目的问题，鉴于我国学者对此问题尚未进行深入研究，这里拟先从日本学者的理论谈起。

在日本，过去历来都认为侦查程序是以公判为目的的，也就是说侦查程序是为公判作准备。这一学说可称为公判准备说，其倡导人是板仓松太郎教授。[①] 七十年代，团藤重光教授提出，侦查是为了提起公诉，旨在发现犯人、收集证据的侦查机关的活动。其学说可称为公诉准备说，主要理由是，日本采取起诉书一本主义，侦查和公判是中断的，因此侦查不是公判的准备阶段，而是公诉的准备阶段。[②] 这种学说逐步为多数学者接受，成为通说。进入八十年代后，井户田侃教授对此通说提出了反对、并提出了侦查独立说（其实，此说并非井户教授所创，最先为原西德刑诉法学家汉凯鲁和凯伦所主张）。认为侦查的目的是为了明确嫌疑的有无，进而决定起诉与不起诉。这一学说的立足点是"诉讼"的构造化（诉讼由两造构成）和切实地保障被疑人及其辩护律师的辩护权，旨在以嫌疑的不存在、不起诉（即起诉犹豫）等理由，撤销没有必要提起的公诉案件，在侦查终结阶段就及时将被疑人从诉讼程序中解放出来。[③] 这一学说现已被多数学者接受，成为新的通说。其原因，除了学者们认为这一学说符合现代刑诉的人权思想外，还因为它指出了公诉准备说无法解释的矛

①参见板仓松太郎《刑事诉讼法玄义》第1209页。

②参见团藤重光著《新刑事诉讼法纲要》（七订版）第317页。

③参见井户田侃著《侦查程序的构造》第67页。

盾。即，日本每年在侦查阶段有40%多的刑事被疑案件被作不起诉处理，但如果以是否达到公诉目的为标准来衡量，能够说这些案件的侦查活动是彻底失败了吗？当然，对此说也有批判观点。即认为，第一，侦查独立说强调嫌疑的有无，陷入了在侦查中侦查机关作为前程序做出实体性结论，而在公判中法院作为主程序做出实体性结论的这种重叠性程序构造之中；第二，侦查独立说强调不以公诉为目的，使侦查活动摆脱了法院的司法抑制作用，有造成纠问化侦查的危险。侦查独立说对此的反驳是，第一，起诉书一本主义就要求侦查和公判为分离的诉讼阶段，不存在重叠问题；第二，在侦查程序中有检察官监督警察的侦查活动，不会带来纠问化的危险。

假如撇开日本学者立足于该国刑诉法及刑诉实践的具体争论，从实质上来剖析上述学说，那么，我们就不难看出：公判准备说和公诉准备说通过强调侦查为公判、为公诉，其所真正强调的是侦查程序的目的就是为了查明犯罪事实，查获犯罪人，以交付起诉和审判，从而忽略了侦查程序所必须面对着的犯罪事实的无，犯罪人的无这一现实可能性；而侦查独立说虽然表面上指出侦查的目的是为了查明嫌疑的有无，决定起诉与不起诉，但其主要倾向则在于让人们重视嫌疑的无和不起诉的可能性。因此，可以说，前两说有重视惩罚犯罪，轻视保护被告人之偏，而后一说则又有着强化保护、淡化惩罚之偏。但是，也必须明确指出，比起前两说，后一说的历史进步意义（指出了诉讼的两面）是不容怀疑的。

我国刑诉学界尚未对侦查程序的目的问题进行深入研讨。刑诉法教科书指出：“侦查作为刑事诉讼的一个独立程序（此处的“独立”的含义与日本的侦查独立说当然完全不同——笔者注），有它特定的任务，这就是侦查机关依照法定程序收集、审查各种证据材料，准确、及时地查清犯罪事实和查获犯罪人；同时，通

过侦查活动，积极地同犯罪作斗争，预防和减少犯罪案件的发生”。另又指出：“侦查是提起公诉和进行正确审判的基础和前提条件”。① 专门论述侦查任务的论文将其概括为三条：(一) 查明犯罪事实。(二) 收集证据。(三) 查缉罪犯。② 也有论及侦查程序目的的论著认为：“公安机关行使侦查权，其目的在于发现和收集证据，查明犯罪事实，查获犯罪分子，对其追究刑事责任，并为人民检察院的起诉和人民法院的审判提供充分的材料和根据。”③

从形式上来看，上述理论指出侦查“是提起公诉和进行正确审判的基础和前提条件”，是“为人民检察院的起诉和人民法院的审判提供充分的材料和根据。”这有似于日本的公诉准备说和公判准备说。对一个犯罪案件提起公诉和进行审判必须以侦查为基础，仅从这点来看，上述观点是无可非议的。但是，从内容上来看，上述理论只强调了查明犯罪事实和查获犯罪人，这显然是仅仅重视了刑诉目的的惩罚犯罪的一面，而忽略了保障人权的一面。在侦查程序的目的上，片面强调惩罚犯罪，要求侦查人员每立一案就须以查明犯罪事实，查获犯罪人为目的，其正面效果是促使侦查人员千方百计查明犯罪，从而提高了惩罚犯罪的效率。其反面效果则可能促使侦查人员为达目的而不择手段，违反程序，侵犯被疑人权利；使无罪的人不能及时摆脱刑事追诉的险境，使有罪的人罪轻的证据不被重视，使疑难案件久侦不撤，嫌疑人久关不放。而如果撤销了案件，宣告被告人无罪，或不起诉、免予起诉，则难免使侦查人员重负侦查活动完全失败的心理压力。

①张子培主编：《刑事诉讼法教程》修订本289页，群众出版社。
②杨殿升《刑事侦查的任务和作用》，《自修大学》1984年第5期。
③陈卫东、张韬著《检察监督职能论》第122页，群众出版社。

再者，从上述侦查目的观中，可以推论出其侦查构造观。既然侦查的目的是查明犯罪事实和查获犯罪人，那么，侦查程序的主体当然也就是为实现这一目的而进行侦查活动的侦查人员和对侦查活动进行制约的检察人员；侦查程序的构造也就是侦查人员和检察人员的法律地位和相互关系。这种构造观难免把被告人作为侦查的对象，难免忽视辩护律师参与侦查程序的作用和意义。

侦查程序的目的应当贯彻和体现刑诉的目的，与起诉、审判程序相比较，侦查程序在此问题上并无特殊性可言。因此，笔者认为，侦查程序的目的应当是：收集证据、搜捕人犯、查明犯罪事实的有无和犯罪情节的轻重，进而由侦查机关在听取辩护意见之后作出撤销案件的决定，或由控辩双方分别向公诉机关提出起诉、不起诉或免予起诉的意见书。侦查程序目的中惩罚犯罪与保障人权这两方面的内容，必须同时予以重视，不可偏废。当然，这并不是说这两方面同等重要，查明犯罪事实与查获犯罪人是首要目的，侦查人员和检察人员必须充分行使职权，实现这一目的；辩护律师进行诉讼活动，不应有妨碍侦查人员和检察人员的诉讼活动。

也许有人会提出，立案的条件是有犯罪事实和需要追究刑事责任。因此，犯罪事实的有无问题已在立案程序中解决，没有必要把此作为侦查程序的目的之一；侦查程序应当是进一步查明犯罪事实和查获犯罪人。这种认识是不全面的。从诉讼法理上来说，各个诉讼程序虽然是以前一程序为基础的，但却不是以前一程序为基准的。划分各个程序的一个基本思路就是，后一程序对前一程序作出的处分进行重新验证和评价。虽然立案程序已经确认有犯罪事实并需要追究刑事责任，但侦查程序可能作出相反的结论，并撤销案件；虽然侦查机关在侦查终结后向检察机关提交了起诉或免予起诉意见书，但检察机关可能会作出不起诉决定、自行补充侦查或退回公安机关补充侦查；虽然检察机关向法院提

起公诉，但法院可能退回检察院补充侦查或要求检察院撤回起诉，也可能宣告被告人无罪。可见，认为后一程序对前一程序已确认的事项没有必要重新确认，显然与刑诉法理不符。

侦查程序的双重目的表明，侦查程序构造的主体不应仅仅是侦查人员和检察人员，被告人及其辩护律师的主体地位必须予以确认；侦查程序构造的内容，就是上述控、辩、裁三方的法律地位和相互关系。为了全面实现这一双重目的，必须重视辩护律师对侦查程序的参与及其诉讼权利；作为裁判方的检察人员应当充分行使其裁判职能和监督职能；在检察机关自侦案件中，控诉与裁判职能的分立以及辩护职能的发挥，是不可或缺的。

二、辩护律师参与侦查程序及其诉讼权利

进入八十年代中期，提前辩护律师参加诉讼的时间，逐渐成为我国诉讼法学界的普遍呼声。而且，有些学者已提出并论述了辩护律师参与侦查程序的问题，学者的这一动向，是符合人类刑诉发展潮流的。

可以说，在人类刑事诉讼法史中，本世纪的辩护律师参与侦查程序并进而影响整个刑事诉讼，这一发展过程，属于刑事诉讼的重大变革之一，这是有充分事实足以证明的。

在全面实行当事人主义诉讼构造的英美法系的英国和美国，辩护律师参与侦查程序，早已被作为“正当法律程序”的内容之一，通过习惯法而确认。因而，进人本世纪中叶，英美的刑事法学者们和刑事法官们所关心的问题，不是律师该不该参与侦查程序的问题，而是司法实践中对已被公认的习惯法的执行问题，特别是被疑人被剥夺延请律师权后其口供是否予以排除的问题。引起美国六十年代“正当法律程序革命”的著名的米兰达案件，就是典型的例证。供认了犯罪事实的米兰达，被判有罪后，以对他进行讯问时警察未告知他有权延请辩护律师，自己的供述因律师不

在场而不能作为证据为由，上诉于联邦最高法院。最高法院认定上诉有理，推翻了有罪判决。首席法官厄尔·沃伦在阐明理由时说："单独隔离进行讯问的作法是与我们国家的最珍视的准则之一，也就是不能强迫某人把自己陷入刑事案件的规定相抵触，除非采取适当保护手段以消除看守所固有的强制因素，否则，从被告人那里得到的任何供述都不是真正的自由抉择的结果。"① 由此创立了一个证据规则：对于律师不在场被告人所作的供述予以排除。也由此将以往的习惯法变了个样：从"被告人在侦查中有权延请律师"变成"被告人在侦查中必须有律师"。十多年后，在步履维艰的英国，麦克纳法官步了沃伦法官的后尘。在艾伦案件中，麦克纳法官行使自由裁量权，将被告人在警察拒绝批准他接触律师之后所作的供述，从证据中予以排除。麦克纳法官在他的判决书中慎重地写道："如果允许警官在法庭上使用的证据，是从被他们错误地剥夺了获得律师咨询权利的嫌疑犯那里获得的，那么，这将鼓励警察继续采取这种非法的惯常作法。……对警察局剥夺囚犯会见律师权利所提出的控告是大量的，如果它们是有意义的，而我们相信它们经常是有意义的，那么法院用我这样的方法行使自由裁量权便可以为结束这种不受欢迎的惯常作法做出贡献，"② 虽然麦克纳法官的判决不仅没有能够引起一场刑事司法改革，而且遭到了某些法官的否定，但是在英国一些中青年学者眼里，他的判决则应成为法官们普遍学习的楷模。

大陆法系国家虽然在法国大革命以后，先后改革了纠问式的刑事诉讼构造，在审判程序中坚定地实行了公开性的对抗式诉讼，但是在侦查程序中则仍然顽固地保留着秘密性的纠问式诉

① 《法学译丛》1980年第1期，刘庚书译自乔治·F·科尔《美国刑事司法制度》书。

② 《法学译丛》1979年第6期，朱文英译自英国《刑法评论》月刊1979年3月号。

讼。不过，进入本世纪中叶（有意思！几乎与美国"正当程序革命"同期），各主要国家都开始从立法上打开了紧紧封闭的侦查程序之窗。在"二战"中战败了的日本，毅然彻底抛弃了旧法，在颇有"痛改前非"味道的宪法中坚定地宣布："在一切刑事案件中，……刑事被告人在任何场合都可委托有资格的辩护人"（第37条）。然而，在实践中，却一直对这一制度施以种种限制，以防有碍侦查，这已引起学者们的愤慨。石川才显教授近年援引美国沃伦法官所述辩护人在侦查中会见被疑人是"文明最低标准的要求"之语，批判实践中过分强调侦查程序的特殊性，限制辩护律师权利的做法。[①] 田宫裕教授甚至提出参照美国法中的自白排除法则，以有效保护律师在侦查中的权利。[②] 法国1958年的刑事诉讼法典规定，预审法官在第一次出庭时（此时属侦查阶段——笔者注），要向刑事被告人讲明，他有权从律师的总人数中选择自己的辩护人，而在不可能作出选择的条件下，如果被告人提出申请，可指定辩护人。原西德刑事诉讼法1964年12月19日的修正案第148条，第一次明确规定，在侦查程序中，当事人与律师之书面通讯和交谈可以完全不受司法监督。这之前的刑诉法规定讯问被告人时不准许辩护人在场；辩护人会见在押的被告人要受到司法上的控制。

原苏联在辩护人参与侦查程序问题上的立法变革，是从五十年代末逐步展开的。1958年全苏和各加盟共和国刑事诉讼纲要规定，在侦查中，自向刑事被告人宣告侦查终结并将案件全部材料提供给被告人了解的时候起，准许辩护人参加诉讼。而对于未

① 参见石川才显《辩护人接见交通制度的现实性桎梏及其法的救济（一）》一文，《日本法学》32卷3号58页。

② 参见平野龙一、松尾浩也、田宫裕合编《刑事诉讼法判例百选》「三版」199页，（昭和51年，有斐阁）。

成年人以及由于生理或精神上的缺陷不能亲自行使辩护权的人的犯罪案件，自提起控诉之时起，准许辩护人参加侦查。原苏联最高苏维埃主席团 1970 年 8 月 31 日"关于修改全苏和各加盟共和国刑事诉讼纲要第 22 条和第 36 条"的命令，以及 1972 年 2 月 3 日"关于修改全苏和各加盟共和国刑事诉讼纲要第 22 条"的命令规定，根据检察长的决定，准许辩护人自提起控诉之时起参加任何刑事案件。七十年代，东欧其他国家先后在法律上赋予被告人在整个刑诉期间都享有委托律师的权利。有些国家还特别规定了辩护律师在侦查程序中的一系列权利。有些国家虽然对律师参与侦查程序有所限制，但比起苏联的限制则是微不足道的。

可以这样认为，在本世纪，在律师是否应该参加侦查程序问题上，不仅大陆法系国家与英美法系国家形成了共识，原苏联、东欧各国形成了共识，而且政治、经济、法律、文化都颇为不同的东西方国家之间形成了共识。这种共识的内容可以这样概括：侦查程序不仅仅是警察查获罪犯的程序，而是担任不同诉讼职能的有关人员查明是否犯罪、罪责轻重的程序，因而光有行使追诉职能的警察不行，再加上行使监督职能的检察官也不够，非有专门行使辩护职能的辩护律师参加不可！否则，侦查程序就可能在现代刑事诉讼程序中孤立地扮演危胁公民权利的不光彩的角色。可见，这种共识是人类刑事诉讼法在本世纪发展进步的重要标志之一。

那么，为什么非要让辩护律师进入侦查程序，与侦查人员形成控辩关系呢？

笔者认为，第一，侦查人员不可能全面地兼顾侦查程序的双重目的。侦查人员行使追诉职能，其侦查、调查、收集证据、搜捕人犯，目的就是查明犯罪事实、查获犯罪人。当然，在侦查过程中，他会排除无罪的嫌疑人，也会收集犯罪人的罪轻的材料，这也是他的职责。但是，侦查人员的追查犯罪的这一主要职能不

会因此改变。而且，他的职业决定了他无法摆脱其心理倾向性。这就是，发生了一件非常事件，他就会自然想到那也许就是一起犯罪案件；查获了一个嫌疑犯，他会努力去证明那就是罪犯；查明了一个犯罪事实，他会推测还会有其他罪行；查明了一个轻罪事实，他会估计还会有重罪事实；查获了一个罪犯，他会努力去挖可能存在的同案犯等等。这种由职业养成的心理倾向性实属正常，其正面体现了侦查人员对国家的效忠、对职责的坚守，而其负面则往往表现出对无罪、罪轻的忽视，对公民权利的轻视。因此，把追诉职能和辩护职能都集中在一个人身上，是不科学的。正如马克思所述，这是同心理学的全部规律相矛盾的。① 第二，被疑人本人不可能切实行使辩护职能。虽然各国刑事诉讼法都毫无例外地赋予被疑人在侦查程序中享有一系列权利，但被疑人并无能力实现这些权利。原因大致有三：其一，大部分被疑人不懂法律，不仅不知如何行使自己的法定权利，甚至常常不知到底有些什么权利；其二，大部分被疑人被刑诉强制措施暂时剥夺了自由，不可能进行调查、收集证据，以证明自己无罪或罪轻；其三，即使被疑人懂法（或假设就是个律师或法官），即使对他没有采取强制措施，而他的被刑事追诉的身份和地位，也决定了他难以冷静地、理智地进行个人调查和自我进行辩护活动；同时，他所处的地位，也使得侦查人员常常难以相信他为自己所作的辩护。因此，侦查阶段是被疑人最可怕的阶段，是对被疑人权利威胁最大的阶段，也正是被疑人最需要辩护律师帮助的阶段。第三，没有律师的参加，检察机关在侦查程序中难以有效地行使法律监督职能。侦查活动的秘密性和侦查、检察机关的相互独立性，决定了如果没有律师进入侦查程序，作为引起检察机关行使法律监督权的媒介，检察机关就会常常因为不了解侦查活动的具

①参见《马克思恩格斯全集》第1卷，第30页，人民出版社，56年版

体情况而难以进行监督。实践证明，刑诉中的非法拘捕、刑讯逼供、诱供骗供、剥夺被疑人辩护权利等非法行为集中发生在侦查阶段。但是，总是到了起诉阶段，被告人见了检察人员时，胆大的才敢诉说遭遇。除了个别给被告人造成严重伤害的非法行为被检察机关查处外，绝大部分非法行为都因事过境迁而不了了之。如果辩护律师参加侦查，直接发现或从被疑人处了解到侦查人员的非法行为，并向检察人员提出控告，那么，检察人员对非法行为就能够及时加以纠正或查处。由此良性循环，便可有效地预防侦查人员的非法行为。

还有一个问题，就是辩护律师究竟在侦查阶段的何时参加诉讼为宜。东西方主要国家基本上是从侦查程序之初、具体说就是逮捕以后第一次讯问或提出控告之时起允许律师参加。原苏联规定从侦查终结之时允许律师参加（根据检察长的决定的例外）。原苏联有学者对此相当不满，N·Л·彼得鲁辛就曾根据统计材料指出，这样做导致律师向侦查员提出的大多数申请都被拒绝了。他分析其原因有三："第一，在侦查终结时，侦查人员从内心确信指控的可证明性和法律上认定行为的正确性，因此，律师的申请往往被他感到，这对进一步推动诉讼而言，仅仅是一种人为的障碍。第二，侦查员受法定的侦查期限和刑事被告人拘禁期限约束，""实际上不可能仔细地研究和审查律师为这些案件所提出的申请。""第三，侦查员往往尽量让刑事被告人明白，律师参加这一阶段的诉讼，只是一个形式，而律师最主要的是在法院中的活动。"[1] 这一分析是具体细致的，是有一定说服力的。笔者认为，允许辩护律师从侦查终结时介入诉讼与允许律师从提起公诉之时介入诉讼，并无实质的不同。二者都把律师排除在侦查程序

[1] 《扩大侦查中的辩护权》刑事诉讼参考资料（第四辑），145页，中国政法大学刑诉教研室编。

之外。因为，侦查终结意味着侦查活动的结束和侦查程序的完成，律师在此时参加，既不能在实体问题上进行调查、收集证据，从而向侦查人员提供证据和提出意见，向检察机关提出不起诉、免予起诉的意见书，也不能在程序问题上，就侦查活动向检察机关提出监督纠正申请。因此，除了为律师参加庭审辩护多给了些准备时间外，并无其他明显的意义。

我国学者在律师应于哪一阶段进入诉讼的问题上，主要有四种观点：一是提出在侦查阶段，二是主张在侦查终结之后，三是认为应在提起公诉的同时，四是建议在提起公诉之后。居于主导地位、被多数学者所接受的是第二种观点。笔者认为，鉴于国情因素，在此问题上进行立法变革，需要有一个过程。作为初步的变革，应当允许被告人在侦查终结时委托辩护律师，使律师在起诉程序中发挥作用；作为进一步的变革，应当允许被告人在预审部门开始预审时委托辩护律师，使律师真正进入侦查程序，与侦查人员形成控辩关系。

最后，关于辩护律师在侦查程序中的诉讼权利问题。从各主要国家的法律规定来看，辩护律师在侦查程序中主要享有以下几种权利。第一，单独与被告人会见和通讯权，授受文件或物件权。英国《法官规则》的序言申明："……任何人在侦查的任何阶段都应该能够与律师进行联系，并且同律师秘密面谈。他甚至可以在受到羁押的情况下这样做。"日本刑诉法第39条第1款规定："身体受到拘禁的被告人或被疑人，可以在没有见证人参加的情况下，与辩护人或由能够选任辩护人的人所委托的辩护人，进行接见，或授受文件或物件。"第二，了解侦查案卷材料或案情的权利。在美国，联邦法院制定了一条"先悉权"原则。根据此项原则，被告人及其律师可以查阅被告人向警察官员或大陪审团所作的供词或陈述。尤其是被告人声称他不能准确地记住他对警察官员说了些什么，而且自从作出陈述以来已经过了相当长的时间，

在这种情况下，这样做是允许的。法国刑诉法第 118 条第 2 款规定，案卷应当在每次讯问 24 小时前交由被控告人的辩护人阅览。第 170 条规定，第 118 条规定应当遵守，如有违反，行为本身及其以后的诉讼程序，不发生法律效力。第三，讯问被告人、询问证人时的在场权。美国六十年代的“正当法律程序革命”创立了先例：律师有权亲自到警察局讯问嫌疑人的现场，如果警察剥夺这一权利，那么，嫌疑人单独作的供认就失去了证明力。法国刑诉法第 118 条第 1 款规定，对被控告人和民事当事人进行讯问或对质时，应有其辩护人在场或者传唤他们，但被控告人和民事当事人明确表示不要辩护人在场的除外。根据第 170 条第 1 款规定，如违反上述规定，行为本身及其以后的诉讼程序，不发生法律效力。日本刑诉法第 157 条第 1 款规定：“检察官、被告人或辩护人，可在询问证人时在场。”第四，搜查、扣押、鉴定时的在场权。日本刑诉法第 113 条第 1 款规定：“检察官、被告人或辩护人，在执行查封票和搜索票时可以在场。”第 170 条规定：“检察官及辩护人可以在鉴定时在场。”第五，自行侦查权。原苏联律师法规定，律师有权侦查、索取证件，以便随后向侦查员或审判庭提供；任何公职人员均不得拒绝律师依照法律顾问处的要求，对其索取必要的文件及其副本。第六，证据保全申请权。日本刑诉法第 179 条第 1 款规定：“被告人、被疑人或辩护人如不预先保全证据就会在使用证据上遇到困难时，以在第一次公审期日前为限，可以请求审判官作出扣押、搜查、勘验、询问证人或鉴定等处分。”等等。

在赋予辩护律师在侦查程序中的诉讼权利时，应着重考虑两个因素。一是辩护律师的权利应当有一定的广泛性。辩护律师充分的诉讼权利，是其协助被告人、保护被告人的前提条件。如果仅仅允许辩护律师进入侦查程序，而不给予他切实进行诉讼的条件和机会，他在此程序中便顶多只能起到了解案情，以备出庭辩

护的作用。二是辩护律师的权利应当有一定的限制性。侦查程序毕竟不同于审判程序，为了保证侦查活动顺利进行，防止律师妨碍侦查，对律师的诉讼权利进行一定的限制是必要的。

从我国的实际出发，在允许辩护律师于侦查终结时参与诉讼的初步变革阶段，应当允许律师享有会见被告人的权利，查阅卷宗与了解案情的权利，向检察院提出不起诉、免予起诉意见书的权利以及提出补充侦查、纠正违法侦查行为等申请的权利。在允许辩护律师参与整个侦查程序的进一步变革时期，还应当赋予辩护律师在主要侦查行为时的在场权，自行调查权，证据保全申请权，重新勘验、检查、鉴定申请权，就实体问题和程序问题向侦查人员提出意见权，提请检察人员侦查监督权等。

综上所述，是否允许辩护律师参与侦查程序和赋予其怎样的诉讼权利，在现代已成为衡量一国刑事诉讼制度民主与文明程度的标准之一。不能不承认，我国在此问题上确实已落后于时代。因此，刑诉法学应遵从人类刑诉发展规律，顺应历史发展的潮流，从理论上先迈出变革的一步。

三、侦查监督

关于检察官在侦查程序中的诉讼地位，西方职权主义和当事人主义国家是基本相似的，即检察机关的性质属于公诉机关，检察官在刑诉中的主要职能是作为一方当事人提起公诉和出庭支持公诉。侦查程序对检察官来说，是其为了提起公诉和支持公诉而进行预备性诉讼活动的程序。因而，在侦查程序中，检察官的主要职能仍然是控诉。检察官对警察的指示、指挥或领导这一各国的普遍做法，并不证明二者是裁判方与控诉方的关系。相反，正好说明二者同属于控诉方。法官在这一程序中掌握着逮捕、拘留、搜查、扣押等强制处分的决定权，行使裁判职能，实际上也起到对警察和检察官的监督作用。虽然在日本和联邦德国有学者

主张检察官在侦查程序中的中立立场和对警察的监督，但检察官的侦查权力，特别是法律上明确规定的检察官与司法警察职员的协助关系（日本）和警察是检察官的助手（联邦德国），决定了这两国在法律上和在侦查实务中，检察官和警察是一体化的，是与被告人（或被疑人）及其辩护人相对的控方。因此，在西方国家，一般来说宪法性法律并未赋予检察机关享有侦查监督的权力。

检察机关作为维护国家法制统一的专门法律监督机关，是原苏联根据列宁的法律监督学说首先创立的。我国检察机关在性质上也属于这种社会主义性质的检察机关。根据刑诉法规定，我国检察机关在公安机关侦查的案件中，行使批捕权和侦查监督权。由于审判人员与侦查程序并不存在直接联系，检察人员是侦查程序中唯一的裁判者和监督者，因而侦查监督便显得尤为重要。

（一）侦查监督的内容、途径及问题

关于侦查监督的内容，占主导地位的观点认为，包括审查批捕、审查起诉和侦查活动监督。例如，《当代中国检察学》认为："人民检察院侦查监督工作的范围，包括对公安机关（含国家安全机关）侦查的刑事案件进行审查批捕、审查起诉和对其所进行的刑事侦查活动是否合法实行监督两大部分内容。"[①]《检察监督职能论》认为："人民检察院的侦查监督应包括审查批捕、审查起诉和侦查活动监督三方面的内容。"[②] 笔者认为，对侦查监督应作狭义的理解，即侦查监督就是指对侦查活动是否合法进行监视和督促，不应当包括审查批捕和审查起诉。第一，根据宪法和人民检察院组织法的规定，人民检察院是国家的法律监督机关。刑诉法上的法律监督应包括三方面的内容：一是检察机关对国家

①王然冀主编《当代中国检察学》第231页，法律出版社。
②陈卫东、张[illegible]《检察监督职能论》第121页，群众出版社。

工作人员和公民违反刑法，需要追究刑事责任的行为进行监督，包括自行立案侦查、提起公诉、支持公诉等，这通常称为刑事监督，是检察机关行使控诉职能的方面。二是检察机关对公安机关有关程序和实体问题的请求和意见进行监督，包括审查批捕和决定是否批捕，审查起诉和决定起诉、免予起诉和不起诉，这是检察机关行使裁判职能的方面。这方面的监督不是站在控诉方的立场上，因而不应简单地划归上述第一方面。三是检察机关对公安机关、人民法院、监狱、看守所、劳改劳教机关的活动是否合法进行监督，这通常被称为司法监督。侦查监督应特指检察机关对公安机关的侦查活动的监督。审查批捕和审查起诉是进行这种监督的两个途径，而不是这种监督本身。第二，正确认识检察机关在刑诉中不同方面的监督，有利于准确理解公、检、法三机关的相互关系。检察机关在进行上述第一、第二方面的监督时，要与公安机关和人民法院互相制约，而在进行上述第三方面的监督时，与被监督的机关则不存在互相制约的关系，对法院、监狱、看守所、劳改劳教机关的活动进行监督，是法律赋予检察机关的一项专门权力，被监督机关没有这种权力。因此，检察机关在对被监督机关进行司法监督时，二者是一种监督与被监督的关系，而不是互相制约的关系。在侦查程序中，检察机关通过审查批捕和审查起诉对公安机关进行监督时，要受到公安机关的制约，即公安机关对检察机关不批捕的决定、免予起诉和不起诉的决定，认为有错误的时候，可以要求复议；如果意见不被接受，可以向上一级人民检察院提请复核。但是，对侦查活动的监督，是检察机关的专门权力，公安机关不能以互相制约为理由，对检察机关的这种监督进行制约，只能服从这种监督。第三，区分侦查监督与审查批捕和审查起诉，有利于提高对侦查监督的认识。有一种观点认为，仅仅把侦查监督理解为对侦查活动的监督，势必使审查批捕和审查起诉成为硬任务，而侦查活动监督则成为软指标，

不利于侦查监督工作的开展。笔者认为，把侦查监督理解为侦查活动监督是有益无害的。区分监督与监督的途径（审查批捕和审查起诉等），有利于我们通过监督途径问题，认识我国目前的监督效果，从而为完善侦查监督提出建议和设想。相反，如果将监督和监督的途径混为一谈，反而可能使审查批捕和审查起诉成为硬任务，使侦查活动监督成为软指标。因为前者是有具体程序保证的，而后者的程序保证并不完善。要防止用前者代替后者，有效的办法不是将二者都作为侦查监督的内容，而应当是区分二者，通过完善侦查监督的途径，加强侦查监督。因此，对侦查监督作狭义理解，才是适当的。

根据我国刑诉法规定，检察机关进行侦查监督，主要有四个途径：一是审查批捕；二是审查起诉；三是根据第76条的规定，参加公安机关的复验和复查；四是根据第164条的规定，对看守所的活动是否合法实行监督。司法实践中，还有两个途径：一是“提前介入”，即参与公安机关对重大、特大案件的现场勘验、检查和预审；二是接待、处理群众来信来访。由于侦查监督的途径是有限的，因而，检察机关对侦查活动的监督并不是强有力的。第一，审查批捕的决定期限只有三天，故在实践中，一般都是书面审查侦查机关报送的材料，而侦查活动是否合法的情况直接反映在案卷上是并不多见的。所以，通过批捕进行监督并不十分有效。第二，审查起诉是侦查终结以后的事，即使发现了侦查活动的违法现象，一般也不会仅仅因此而影响诉讼的继续进行。除了个别给被告人造成重伤等严重事件需要查处外，其他一系列侵犯被告人人身权利和诉讼权利的问题，都将不了了之。第三，检察机关参与公安机关的复验和复查，其前提条件是检察机关要求公安机关复验和复查，而且在实践中一般仅限于大案、要案。检察机关不能参与大部分案件的侦查活动，对大部分侦查活动也就难以直接进行监督。第四，对看守所的活动是否合法进行

监督，虽然也能发现并纠正违法的侦查活动，但这种监督主要是针对看守所的羁押活动的。对公安机关侦查活动的监督基本限于拘留、逮捕和释放人犯是否合法上，而这仅仅是侦查监督的部分内容。第五、检察机关"提前介入"侦查程序，虽然也担负着侦查监督的任务，但从目前来看，其主要任务则是配合和制约，而且，为了适应一定时期打击犯罪的需要，往往更多地强调配合。第六，通过接待、处理群众的来信来访，进行侦查监督，不仅是十分有限的，而且一般也只是事后的监督，起不到及时纠正违法活动的效果。因此，目前侦查监督的途径，尚不足以使侦查监督切实地展开。要完善侦查监督，重要的是要探讨侦查监督的有效途径。

如上所述，辩护律师介入侦查程序是保证侦查监督得以实现的有效途径之一。通过辩护律师，检察人员可以随时地、经常性地了解违法侦查活动的情况，并及时加以纠正。如果检察人员消极对待辩护律师的纠正违法侦查活动的申请，辩护律师则可申请检察院或上级检察院责令检察人员调查并处理。可见，司法实践中存在的检察机关难以了解大多数侦查活动执法情况的问题和对于已发现的多数违法情况仅发出一纸《纠正违法通知书》便了事的问题，通过辩护律师可以在一定程度上得到解决。当然，辩护律师的诉讼活动并不是实行侦查监督的唯一有效的途径，尚需探讨现有途径的完善和其他可能的途径。

(二) 关于侦查监督的完善

1、"提前介入"，对重大刑事案件的侦查活动进行监督

"提前介入"，指检察机关在公安机关提请批捕和移送起诉之前直接参与重大刑事案件的侦查活动。近几年来，根据打击严重刑事犯罪斗争的需要，为了加强检察机关和公安机关侦查程序中的配合和制约，最高人民检察院要求各级检察机关"提前介入"。1985 年，最高人民检察院会同公安机关就"提前介入"问题联合

发了专门文件。

“提前介入”作为“严打”以来的司法实践经验的总结，在实践中有利于贯彻“从重从快”方针，加快办案速度，提高办案质量，防止错捕错诉。但是，也必需看到，由于“提前介入”产生的时期，对这一诉讼方式的认识以及尚无刑诉法的程序保障等因素，在具体实施中也存在着把配合作为首要任务，把制约和监督作为次要任务的现象。在理论上，对“提前介入”的认识也不统一。多数观点认为配合、制约和监督都是“提前介入”的具体任务。也有强调侦查职能与控诉职能在侦查程序中的协调配合的观点。其理论根据之一是国外的立法和司法实践，即认为大凡把检察机关作为唯一公诉机关的国家，如法国、日本等国，都规定检察机关除了享有自行侦查的权力外，还有指挥其他侦查机关的权力。近年来，美国在联邦、州和地方相继建立起来的侦查和控诉联合工作处就是一个有力的例证。可见，这种观点更多地注意了“提前介入”对于检察机关提起公诉，行使控诉职能的意义。

笔者认为，“提前介入”这一诉讼方式是应当肯定的，把配合、制约和监督作为“提前介入”的具体任务是适当的。不过，把配合作为首要任务，使“提前介入”成为检察机关提起公诉的预备性诉讼活动，则是不妥的。侦查监督应当成为“提前介入”的重心。首先，国外检察官指挥警察侦查，侦查和控诉在侦查程序中结合的做法，有其特定的法律背景，与我国尤为不同，故不适合我们参照。在法、德、日、美等国，法官直接介入侦查程序，掌握着强制处分的决定权，对侦查活动实际上起着监督作用。在建立侦查和控诉联合工作处的美国，除了这种法官的监督外，审判程序中所采取的非法证据排除法则对警察和检察官的侦查活动发挥着强有力的监督作用。这些国家的检察官参与侦查程序的主要目的，是为提起公诉作准备，对于警察的侦查活动没有进行法律监督的职责。而在我国，审判人员并不参与侦查程序，检察机关

是唯一的裁判者和监督者。如果在侦查程序中使公安机关的侦查和检察机关的控诉加以结合，使配合成为二者关系的主要方面，那么，目前既无辩护律师介入，又无审判人员制约的侦查程序，难免成为片面追诉的纠问程序。因此，如果说检察机关和侦查机关的“联合”在国外是正常的话，在我国则是危险的。其次，我国检察机关的性质是国家法律监督机关，在公安机关侦查的案件中，其主要职能应当是裁判和监督，不应过早地行使控诉职能，从而忽略对公安机关的制约和监督。如果把“提前介入”的重心放在侦查监督上，这一诉讼方式便可成为检察机关对公安机关重大侦查活动进行监督的有效途径。检察机关参与重大刑事案件的现场勘验、尸体解剖、人身检查、侦查实验等，参与讯问被告人、嫌疑人以及对证人、被告人的取证活动等，能够直接督促侦查机关依法收集证据，保障人权，及时发现并纠正违法侦查活动。可以说，对重大侦查活动的监督，其他诸如审查批捕和审查起诉等途径，都不可能发挥出“提前介入”这一途径的作用，忽视了这一途径，也就忽视了对重大侦查活动的监督。

通过“提前介入”进行侦查监督，需要有关配套制度加以保障。首先，应建立通知制度，即公安机关通知检察机关派员参与重大侦查活动。其次，应建立列席制度，即检察机关列席公安机关的重大案件讨论会。再次，应建立文书制度，即公安机关在接到检察机关发出的《纠正违法通知书》后，应将调查、处理情况写成《纠正违法报告书》，及时向检察机关发出。

2、设立派出机构，对一般案件的侦查活动进行监督

对一般案件侦查活动的监督，除通过审查批捕和审查起诉等途径外，尚无更好的渠道。扩大“提前介入”的范围，使检察人员介入一般案件的侦查程序进行侦查监督，是难以做到的。一般案件是多数案件，因而多数违法侦查活动必然发生在一般案件之中。可见，对一般案件侦查活动的监督非常重要。笔者认为，要

使这种监督经常化、制度化，可考虑检察机关在公安机关内设立派出机构，使一批专门从事侦查监督工作的检察干部力量，有组织有领导地长期驻在公安机关，以便随时了解刑警部门和预审部门的侦查情况，及时发现并纠正各种违法侦查活动。

检察机关在公安机关内设立派出机构是十分必要的。监督部门仅仅通过审批被监督部门的申请和参与被监督部门的某些重大活动，来进行监督，是不够的。在被监督部门内建立常设监督机构，是实行直接监督的行之有效的措施。中共中央纪律检查委员会向国务院各部、委、办派驻纪律检查组，使中央纪检对中央政府机关党员的监督经常化、制度化的做法，是值得检察机关借鉴的。

各地检察院监所检察部门为了切实地对看守所看管人犯的活动进行监督，已实行派员驻在看守所的措施。实践证明，这是实现看管活动监督的组织保证。这一实例也说明，检察机关在公安机关内设立派出机构也是可行的。

四、搜查和扣押

在当今世界主要国家，警察一般是没有搜查和扣押的决定权的。搜查证和扣押证要么由治安法官（英国）、司法官（美国）或审判官（日本）签发，要么由检察官和预审官（法国）或检察官和法官（原联邦德国）签发。究其原因，可以认为就是搜查和扣押具有强制处分的性质，关系到被告人、被嫌疑人、其他诉讼参与人以及其他公民的政治权利、人身自由、财产权利、人格尊严、住宅安全、通信秘密以及个人隐私等基本人权；如果不由司法机关直接控制这种强制手段的使用，听任作为行政机关的侦查机关根据需要自行决定并实施，势必对与刑事诉讼有关或无关的公民的基本人权构成威胁乃至造成侵害。

这里需要介绍一下美国在此问题上的价值观和做法。美国联

邦宪法修正案第4条专门对搜查和扣押作了明确规定：(1) 公民的人身不受非法搜查、拘留、监禁；(2) 公民个人财物、文件、住所不受非法搜查、扣押。这一规定被作为正当法律程序最重要的内容。美国刑诉法对这一规定的贯彻，在六十年代之前，主要是司法官直接掌握搜查和扣押的决定权，警察和检察官必须取得司法官签发的令状，才能实施。而在六十年代的"正当程序革命"中，则开创了采取非法证据排除规则的先例，在著名的马普诉俄亥俄州案件的审理中，创立了对于警察或检察官非法搜查和扣押的证据予以排除的规则，即使被告人事实上有罪也必须宣告无罪。1957年5月23日，克利夫兰市警官们没有搜查证和扣押证便进入了多丽·马普的住处，对她说，他们正在搜寻最近发生爆炸案的嫌疑犯，认为此人藏在该处，马普小姐要求出示搜查证。一名警官拿出一张纸给她看（并不是什么搜查证），马普夺过了那张纸片。在双方进行了一阵争夺之后，警官们抢回了纸片，给马普铐上了手铐。理由是她抗拒从她身上收回"搜查证"，是好战的。后来警官们在马普的地下室里发现一只箱里有猥亵材料，并将这些材料拿走。俄亥俄州最高法院审理此案后认定马普有罪。认为犯罪材料虽然不是通过执行搜查证和扣押证取得的，但也不是使用蛮横的或者损害肉体的暴力从被告人身上收集来的，故认为这些材料能够作为证据证明被告人有罪。被告马普上诉于联邦最高法院，以首席法官沃伦为首的法官们推翻了原判，宣告马普无罪。判决书认为，警官已经违反了宪法修正案第4条关于非法搜查、扣押、逮捕的禁令，而这项禁令是根据宪法修正案第14条的正当程序条款（法律平等保护）适用于各州的。今后，在没有正式证件的情况下所收集的证据，必须在各州的审判中予以排除，不得作为证据。这一排除规则在各州最高法院的贯彻，对非法搜查和扣押起到了强有力的抑制作用。不过，在排除非法搜查和扣押所收集的证据的同时，宣告被告人无罪（常常是事实上有

罪），也使得刑事诉讼控制犯罪的功能在一定程度上受到削弱。因此，在1984年6、7月间，联邦最高法院对排除规则增加了两项例外规定，即“最终或必然发现的例外”和“善意例外”。前者是指即使不发生政府官员违反宪法的采证行为，证明被告人有罪的证据最终或必然地会被发现的，只要起诉方以优势证据证明这一点，这项“非法”取得的证据就可采用。后者是指政府官员合乎逻辑地依据一位公正、中立的有鉴证权的官员签发的、但最终发现是无效的搜查证，由此搜查取得的证据，起诉方在法庭上提出时，由于搜查行为是“善意的”，所以可以作为例外采用。这两项例外，限制了排除规则的适用范围。但是这并不意味着排除规则被否定了。在当今美国，非法搜查和扣押所取得的证据被排除的案件，在涉有非法证据的案件中，仍占大多数。

国外在坚持有证搜查和扣押的同时，也承认一定情形下的无证搜查和扣押。例如，美国在下列情形下可适用无证搜查：(1)合法逮捕附带的搜查；(2)被告人自愿表示同意搜查；(3)存在特别因素的情形，包括紧急情况、搜查汽车、即时追捕的搜查、邮政搜查、搜查运输中的货物等。而在日本，无证搜查和扣押只能在持证逮捕的现场实施，不允许其他例外。关于搜查和扣押的物品的范围，美国实行“一眼看清”的原则，在凭证搜查的情况下，搜查和扣押不得超越许可证说明的范围，但是在搜查官视力范围内的物品，即使超出了许可证的范围，扣押也是正当的。日本也实行此原则，称为一见明白场合的例外，内容与美国相似。另外，国外对搜查的时间也作了限制性规定，一般都要求在白天执行。只有在特殊情况下，才允许在夜间执行。

我国宪法第37条第1款规定：“中华人民共和国公民的人身自由不受侵犯。”第3款规定：“……禁止非法搜查公民的身体。”第13条规定：“国家保护公民的合法收入、储蓄、房屋和其他合法财产的所有权。”第38条规定：“中华人民共和国公民的人格尊严

不受侵犯。……”第39条规定：“公民的住宅不受侵犯。禁止非法搜查或非法侵入公民的住宅。”第40条规定：“中华人民共和国公民的通信自由和通信秘密受法律的保护。除因国家安全或者追查刑事犯罪的需要，由公安机关或者检察机关依照法律规定的程序对通信进行检查外，任何组织或个人不得以任何理由侵犯公民的通信自由和通信秘密。”搜查和扣押正是与上述宪法所规定的我国公民的基本人权密切相关的刑事侦查活动。搜查涉及公民的人身自由、人格尊严、住宅安全等，扣押涉及公民的财产权利、通信自由和通信秘密等。因此，为了贯彻宪法关于基本人权的规定，在进行刑事诉讼时，不仅要用法律严格限制逮捕和拘留，而且也必须严格限制搜查和扣押。因为逮捕和拘留是强制措施，便重视其运用的程序和规则，而搜查和扣押属侦查手段，则对其程序和规则的重要意义不给予充分认识，这势必使宪法性条款难以在刑诉中得到全面的贯彻。

笔者认为，刑诉法对搜查和扣押的运用所规定的限制，尚不够合理。由公安机关同时掌握搜查和扣押的决定权和实施权，不受司法机关的任何制约和监督，是不合适的。第一，从诉讼理论上来看，搜查和扣押的强制性质和程度，与其他侦查手段都有所不同。这种手段与宪法性人权的关系充分证明了这一点。刑诉中重大或重要程序问题和实体问题，都需要通过公、检、法三机关的互相制约以及检察机关的监督来解决，这是我国刑诉的主要规律之一。因而可以说，刑诉法关于搜查和扣押的规定，尚不符合这一规律。第二，从刑诉构造理论上来看，为了实现惩罚犯罪与保障人权这一刑诉目的，在刑诉构造上必须贯彻“两点论”，兼顾控诉与辩护。在侦查程序中，公安机关掌握搜查和扣押权，是其权力过大的主要表现之一，即使将来允许辩护律师参与侦查程序，也会因此而难以与控诉方的权力相当；作为裁判方的检察机关不能对公安机关的这项权力进行制约，也不能借此制约机会，

监督侦查活动是否合法。因此，侦查程序势必倾向控方，侧重惩罚犯罪的一面。第三，从司法实践上来看，公安机关掌握搜查权和扣押权，难以克服实践中存在的两种弊端。一是侦查人员自认为反正审批权就在自己的机关，办理很方便，因而先进行无证搜查和扣押，之后很容易地再办理证件，其目的就是为了使卷宗手续齐全。二是侦查人员常常不把搜查证当回事，或者常常忘记这回事，遇有自认为需要搜查和扣押的情况，便以公安局工作证，甚至以警服和手枪作为执行搜查和扣押的"证件"，搜不到、扣不到有用的东西便作罢，根本不存在再办不办证件的问题；搜到、扣到有用的东西，也不办理证件。一个案件经侦查机关多次搜查和扣押，而侦查卷宗中没有一份证件或只有一、二份证件的情况，是辩护律师在阅卷时常见的。

国外在搜查权和扣押权问题上的普遍做法，在一定程度上反映了人类现代刑事诉讼的规律，而决不是对刑诉中一个小的形式问题的处理方法的选择问题。因此，我们应当正视这种人类的共识，顺应历史潮流，对现行刑诉法在此问题上的规定予以修改。

检察机关是侦查程序中唯一的制约者和监督者，搜查和扣押的批准权应当收归检察院，这样便可使检察机关对公安机关的制约从批捕提前到案件初步侦查的搜查和扣押，同时，对侦查活动的监督也随之提前了。检察机关进行审查批准搜查和扣押的工作时，能够更直接、更具体地了解侦查活动，并及时对违法侦查活动进行纠正。可见，这种审批工作是侦查监督的有效途径之一。

审查批准搜查和扣押的程序应与审查批捕的程序相似，即公安机关要求搜查和扣押时，应写出提请批准书，连同有关初步材料一并移送检察院。检察院经审查后，认为需要实施时应签发搜查证和扣押证，公安机关依照现行刑诉法有关搜查和扣押程序的规定，予以实施。检察机关如果认为不需要实施和不便于实施时，应作出不批准决定，并通知公安机关。公安机关对检察院不

批准搜查和扣押的决定，认为有错误的时候，可以要求复议，但不得自行搜查和扣押。如果意见不被接受，可向上一级检察院提请复核，上级检察院应当立即复核，作出是否变更的决定，通知下级检察院和公安机关。

应当指出，搜查和扣押毕竟不同于逮捕。因此，对一定情况下的无证搜查和扣押也应当予以肯定。无证搜查和扣押主要应为两种：一是与合法逮捕同时进行的搜查和扣押，这实际是逮捕证替代了搜查证和扣押证；二是在紧急情况下的搜查和扣押，这种紧急情况应参照实施拘留的有关法定情形。

五、检察机关的自行侦查

根据我国刑诉目的对刑诉构造的基本要求，在检察机关自行侦查的程序中，也应当区分控诉方和裁判方，二者应互相制约；辩护律师应当参与并具有一定的诉讼权利。

检察机关自行侦查的内部制约问题是有关检察机关的内部机构设置的问题。根据人民检察院组织法的规定，检察院主要设置刑事检察、法纪检察、经济检察、监所检察、控告申诉检察等机构。刑事检察部门负责对公安机关侦查的案件进行批捕审查、起诉审查、提起公诉并监督公安机关的侦查活动和法院的审判活动。法纪检察和经济检察部门负责办理自侦案件。在以往的司法实践中，这两个部门对自侦案件实行所谓"一杆子插到底"的做法，既立案侦查，又决定逮捕、起诉或免予起诉，除检察长审查以外，没有内部制约。对此学者们多有评论并提出了改革建议。具有代表性的建设性观点有三种。一是主张在检察机关设立侦查、侦查监督、审判监督等部门。侦查部门统一侦查属于检察机关立案管辖的刑事案件；侦查监督部门统一负责公诉案件的批准决定逮捕、起诉工作，并监督公安机关和检察机关自身侦查活动是否合法；审判监督部门则统一负责出庭公诉、抗诉工作，同时

监督法院刑事审判活动是否合法。①第二是也主张设立侦查、侦查监督、刑事审判监督等部门，但在各部门之间的分工上则与上述观点不同。认为由侦查部门行使侦查权，负责人民检察院直接受理的全部案件的侦查；侦查监督部门行使侦查监督权，负责对公安（安全）机关和人民检察院侦查案件的审查批捕，对公安（安全）机关和人民检察院侦查部门的侦查活动是否合法实行监督；刑事审判监督部门行使公诉权和审判监督权，负责审查起诉、出庭支持公诉，对侦查机关（部门）的侦查活动和人民法院的刑事审判活动是否合法实行监督，对人民法院确有错误的刑事判决和裁定提出抗诉。②第三种观点认为检察机关应当设立公职人员犯罪检察、批捕检察，起诉检察等部门。公职人员犯罪检察就是现在的经济检察和法纪检察，负责对法律规定的二十四种案件以及公职人员叛国、分裂国家案件进行侦查。批捕检察部门对自侦、监所和公安移送的批捕案件进行审查，决定批准逮捕、不批准逮捕以及退回补充侦查；同时，通过审查批捕，对公安机关侦查活动是否合法实施监督。起诉检察部门对自侦、监所和公安移送的起诉案件进行审查，决定起诉、免予起诉或不起诉以及退回补充侦查；同时对刑事案件提起公诉，并对人民法院的审判活动是否合法实行监督。③

上述三种观点共同点是都认为应由一个部门专门负责自行侦查业务，除侦查权外，不能行使其他权力。其不同在于，第一种观点把审查批捕、审查起诉及侦查活动监督都归于侦查监督部门，而第二、三种观点则仅把审查批捕和侦查活动监督归于侦查

---

①王洪俊、孙长永“完善我国刑事法律检察监督制度刍议”一文，《诉讼法学论丛》（1986—1987年）中国政法大学出版社。

②陈卫东、张弢著《检察监督职能论》第66页，群众出版社。

③王然冀主编《当代中国检察学》，第194页，法律出版社。

监督部门或批捕检察部门，而把审查起诉、提起公诉和审判活动监督（第二种观点还包括侦查活动监督）等业务划归刑事审判监督或起诉检察部门。另外，第二和第三种观点也有不同。这主要是：第二种观点提出侦查监督部门和刑事审判监督部门不仅要对公安机关的侦查活动进行监督，也要对检察机关侦查部门的侦查活动实行监督。而第三种观点则不提对检察机关侦查部门侦查活动实行监督的问题，仅在批捕检察部门的业务中提出对公安机关侦查活动的监督；起诉检察部门只对审判活动直接进行监督，如果通过审查起诉发现了公安机关在侦查活动中的违法情况，则向批捕检察部门提供这一情况，由后者直接进行监督。第三种观点不提对检察机关自侦活动的监督的思想认识是："侦查监督属于法律监督的一个方面，而法律监督，是宪法和法律赋予人民检察院的基本属性。这一属性是检察机关区别于权力机关、行政机关和审判机关的重要特征。人民检察院的各项业务工作，包括对某种刑事案件的立案侦查，都是从不同方面来行使检察机关的法律监督职权，而具体承担这些工作的检察部门之间，则不存在互相进行法律监督的问题。"① 主张起诉检察部门不直接监督公安机关的侦查活动，则是为了由批捕检察部门统一行使侦查活动的监督权。

笔者认为，要实现检察机关自行侦查的内部制约，就必须区分控诉职能和裁判职能，必须划分侦查、起诉和审判程序，并使行使侦查权的控诉方与行使审查批捕权、审查起诉权的裁判方同时存在于侦查和起诉程序中，行使公诉权的控诉方进入审判程序。在检察机关自行侦查的案件中，侦查和起诉程序的控方应为行使自行侦查权的部门，裁方应为行使审查批捕权、审查起诉权的部门。审判程序的控方则应为行使公诉权的部门。因此，检察

①王然冀主编《当代中国检察学》，第233——234页，法律出版社。

机关需要设立三个部门（其他监督部门与本文无关，故不谈），即侦查、审查和公诉。侦查部门负责侦查属于检察机关管辖的刑事案件；审查部门负责公安机关侦查案件和本院侦查部门侦查案件的审查批捕和审查起诉工作，并对公安机关的侦查活动进行监督和对本院侦查部门的侦查活动进行检查；公诉部门则专门负责提起公诉，支持公诉，并监督审判活动。侦查部门和审查部门的活动限于侦查和起诉程序，公诉部门的活动限于审判程序。刑诉法没有规定侦查部门和审查部门的互相制约的关系，但规定了公安机关与审查部门在审查批捕、审查起诉等问题上的互相制约关系。因此，侦查部门与审查部门应比照这些规定，互相进行制约。刑诉法也没有规定审查部门对侦查部门侦查活动的检查，但规定了审查部门对公安机关侦查活动的监督，因而审查部门也应比照这些规定，对侦查部门的侦查活动进行检查。可见，笔者的主张与上述第一种观点是基本相同的，同时也吸收了第三种观点关于检察机关内部不存在法律监督问题的主张，上述第二、三种观点把审查起诉与提起公诉划归一个部门的主张是不可取的。因为这样不仅使一个部门同时行使了裁判职能和控诉职能，而且使审查批捕的部门与审查起诉的部门在如何共同监督公安机关的侦查活动和检查本院侦查部门的侦查活动问题上，难免发生混乱。

目前，我国检察机关内部机构的分工比以往已有些改进，法纪检察部门和经济检察部门只负责侦查，不能“一杆子插到底”，兼管审查批捕、审查起诉和提起公诉。以往只负责公安机关侦查案件的审查批捕、审查起诉和提起公诉的刑事检察部门，现在也负责法纪检察部门和经济检察部门侦查的案件的审查批捕、审查起诉和提起公诉，并且还担负着原有的对公安机关的侦查活动和法院的审判活动进行监督的工作。这样，检察机关办理自侦案件便初步达到了内部制约。不过，刑事检察部门同时兼行裁判职能和控诉职能，其业务范围显然过宽，这是需要进一步改革的。

最后，必须提出，检察机关办理自侦案件，仅有控诉部门和裁判部门的互相制约是不够的，要使检察机关自行侦查案件的侦查程序合理化，还应当肯定辩护律师的介入，即由作为控方的侦查部门与作为辩方的被告人及其辩护律师形成控辩双方，由作为裁方的审查部门居中裁决。至于辩护律师参与侦查程序的具体阶段和诉讼权利问题，笔者已在本章第二部分中作了论述，在此问题上，检察机关自侦案件的侦查程序应与公安机关负责侦查案件的侦查程序相同。

六、保释制度

当我国被逮捕的人犯们被关押在拥挤不堪、环境恶劣的看守所，在恐惧、焦虑乃至暴行中等待侦查终结、起诉、审判（时间通常是半年）时，世界主要国家（包括原苏联）的被关押者则通过保释制度走出了羁押场所，几乎象普通人一样工作、生活，并同其律师一起进行诉讼准备和防御。在中外这种强烈的反差面前，笔者叹惜：中国人的悲剧！

一百多年前，恩格斯说："〔人身保护〕的权利，即每个被告（犯叛国罪的除外）有在诉讼开始以前交纳保证金获释的权利，这种备受赞扬的权利仍然是富人的特权。穷人交不起保证金，因此只得进监狱。"① 虽然，美国早在二百年前的1791年，就将"不得要求过高的保释金额"（excessive bail shall not be required）的规定列为联邦宪法修正案第8条，但直到今天仍有极少数本应获释的被拘禁者（一般是没有职业和没有正常亲属关系者）因交不起保释金而被继续关押。然而倘若仅仅以这种现象的存在为根据，否定保释制度，在今天看来，无论中外，多数学者都不会接受。因为，不能为了极少数人的"平等"权利，而让绝

① 《马克思、恩格斯全集》第1卷，第697页。

大多数被保释者都回到监所中去。其实，这一问题是可以通过一定途径加以解决的。例如，根据贫富差别确定不同的保释金额，或以人保方式代替财产保。此番道理，就如同不能因为极少数人请不起律师而否定辩护制度一样。因此，在我国看守所的严酷现实面前，我们不能因为保释制度的缺失，而放弃对国外这一普遍采行的制度的思考。

在研讨我国的问题以前，有必要考察一下国外的保释制度。

1、保释的性质

在英国，保释是指被羁押待侦查、待审判的人提供担保，并履行必要的手续后，将其释放的制度。《1976年保释法》对保释作了系统的规定。法院在取保释放被告人时，可以向被告人附加某些条件，如保释期内不再犯罪，不得影响证人，不得妨碍本案或其他案件的审判。对于应受监禁的犯罪，只要法官认为被告人有可能违反上述条件，可驳回其保释申请。对于某些被保释人，还可以提出其他强迫接受的条件，如交出护照、在指定的时间向警察局汇报、不得接触特定的人等。

美国刑事诉讼中的保释，就是将许诺按时到庭、服刑的被捕人或在押犯托付监外看管。联邦宪法第8条修正案被解释为，在非主要案件中（noncapital case），基于合理的保释金的交纳，被告有申请交保的权利。此项权利为被告所享有的宪法上的权利。有五十三个州的宪法明文规定，被告在判决前可予以交保，除了为保证被告出庭外，保释金不得因其他目的征收。适用保释必须是以被保人保证在开庭审讯、开始执行监禁判决时，按时到庭、回监为前提的。在这个前提下，主管官员对某些刑事案件的被捕人、被告人方得适用保释。

法国刑诉法规定，审判前拘留中的被告人，凡是在法律无规定的情况下，预审法官同检察官协商后，可自行命令交保释放，但被告人须保证在诉讼的任何阶段随传随到，并向预审法官报告

全部活动。

日本的保释是为维持羁押的效力，以交纳保证金为条件停止执行羁押的一种制度。被羁押的被告人及其辩护人、法定代理人、保佐人、配偶、直系亲属或者兄弟姊妹可以请求保释。法院在被告人的保释权利不被承认的场合，只要认为适当，可依据职权允许保释；在羁押被不当延长时，可根据请求或依据职权允许保释。

以上各国的规定表明，保释不是刑事诉讼的必经程序，而是在刑事诉讼的一定阶段上，对某些被捕人、被告人实行有条件的不剥夺自由的一种制度。

2、保释制度的意义

通常认为：（1）给予符合保释条件的被告人以自由的权利，是对无罪推定原则的切实贯彻。被告人在合法宣判有罪之前是无罪的，本来就不该被羁押。对不符合保释条件的被告人进行羁押，仅仅是为了保证诉讼程序的正常进行，而并非认定被告人有罪。因而，在被告人最终被宣判无罪时，应当对其进行损害赔偿。（2）保释制度可以在不妨碍或不破坏诉讼程序的情况下，为被告人提供方便。被告人在监外易于寻找证人，发现新证据，有更多的时间与律师商谈，为辩护作好充分准备。（3）被告人保释在外，有利于其正常工作，继续承担家庭责任，以避免家庭出现经济困难。（4）可以减少政府关押人犯的麻烦和费用。

3、保释的适用范围

英国保释法规定，有下列情况之一的被告人无权获得保释：（1）被指控犯有叛国罪的；（2）逃犯；（3）有所控罪行相同的前科；（4）曾被保释，但违反保释规定而未按时到庭受审者。

美国对轻罪被告人，所有的司法区都适用保释。对死罪被告人，均不适用保释。对非死刑、重罪被告人适用与否，有些司法区是由法官或司法官酌情决定，有的州的法律则规定不予适用。

日本刑诉法规定，除下列情形外，应当准许保释：(1) 被告犯刑期1年以上的惩役或监禁之罪时；(2) 被告曾受过10年以上惩役或监禁之罪的宣告时；(3) 有相当理由足以怀疑被告人有毁灭罪证的可能时；(4) 有相当理由足以怀疑被告人有可能加害于被害人时；(5) 被告人的姓名或住所不明时。不过，即使被告人具有以上情形，法院仍可依据职权允许被告人保释，这在理论上称为裁量保释或任意保释。[1]

可见，英美对保释的适用范围，限制并不严格。英国禁止对叛国罪被告人适用，是由其保释制度的传统决定的；美国禁止对死罪被告人适用则反映出宽容的美国人的自由价值观；善于操作的日本人的限制很严谨，但倘若没有裁量保释的存在，有了第1条的限制，也就基本上没有了保释制度。

4、确定保释的时间

在英国，各个诉讼阶段，即从被告人受到羁押起，直到被定罪判刑后决定提出上诉等阶段，都存在保释问题。因此，警察局、治安法院和刑事法院都有保释的权利和义务，高等法院也有权干预各级法院的保释。

在美国，确定保释的时间，各州不同。有的州，执法官在签署逮捕证时确定保释；有的则在押至警察局、尚未到达司法官面前时就决定保释；有的在预审阶段确定；有的则在以后阶段由法院确定。

日本刑诉法在规定保释制度时，使用"被告人"的用语，这表明确定保释的时间，一般在提起公诉后的公判准备程序。不过，根据解释，[2] 关于被告人的保释问题的规定，也应当适用于被疑

①参见平野龙一著《刑事诉讼法概说》第115页，东京大学出版社；铃木茂嗣著《刑事诉讼法》第132页，青林书院。

②铃木茂嗣著《刑事诉讼法》第132页，青林书院。

人。因而，被疑人一旦被羁押，便产生保释问题。

保释制度的目的就在于有条件地停止羁押；保释的存在根据就是羁押，无羁押就无保释。因此，确定保释的时间应当在羁押之后。确切地说，应当在完成羁押之时。如果本该保释，却非要继续羁押，等到起诉之后才予以保释，则可称为"缩小了的保释。"当然，如果由于种种原因，未能及时保释，就应在诉讼的各个阶段乃至上诉阶段允许保释。

5、保释金的确定

在美国，保释金的确定没有具体的明文规定。总的要求是符合联邦和各州宪法关于不得过量的原则。至于什么是过量，什么是适当，缺乏统一的具体标准。实践中，保释金的确定方法不尽相同。许多基层法院事前拟制一份有各种轻罪的保释金的表格，表格规定的金额同犯罪的严重程度成正比。法官或司法官根据指控的罪行与表格所列的金额"对号入座"，立即就可确定保释金额。这是一种须先确定保释金的方法，执行起来非常方便，但仅以情节简单的轻罪为宜，而事前未拟制保释金表格的，则由法官逐案酌情确定数额。法官在确定保释金时，要考虑以下各方面的因素：(1) 有无前科，是否长期居留某地，家庭对他的约束程度如何。这些情况可以说明被告人逃跑的可能性的大小。逃跑的可能性大的，保释金多些，反之就少些。(2) 指控罪行的严重程度如何，这对保释金额的多少也有影响。罪行严重，保释金就多，反之就少。另外，对于已经确定的保释金，事后还可以增加。如保释在外的被告人公然声称"不去受审"，造成严重不良影响的，法官可增加保释金。关于交付方式，有些司法区还允许被告人或其亲属提供不动产权。

在日本，准许保释时，应当规定保证金额。确定保证金额应当考虑犯罪的性质和情节，证据的证明力以及被告人的性格和资产，规定足以保证被告人到场的相当数额的金钱。保释的裁定，

不交纳保证金不能执行。法院可以准许非保释请求人交纳保证金，也可以用有价证券或其他人的保证书代替保证金。

确定保释金额是保释制度中的一个难题。为了用金钱或财产上的可能的较大损失确保被告人出庭受审，而确定较高的金额，可能使有的被告因确实无力支付而无法获释；为了被羁押的被告基本都能付起保释金而降低保释金额，可能又会使有的被告无视金钱或财产的损失，逃避审判。因此，法律确定一个较大的金额幅度，由司法官根据各个被告人的各种不同的具体情况酬情决定，是妥当的。另外，在被告人符合保释条件时，应当允许被告人的近亲属等其他人支付保释金。

6、保释的变更与撤销

在英国，在保释期内，法官可以修改保释条件，并应通知被告人和担保人。如果被保释人无正当理由不按时到庭，除没收保释金外，还可以逮捕被保释人，以潜逃罪论。

在美国，在正常情况，陪审团作出有罪裁断，被告人入狱后，保释即自行解除。但是遇有下列情形时，保释就会在陪审团裁判前发生变更：（1）法官根据可靠情报得知被告人企图妨碍、干扰庭审，破坏陪审团选举时，可以在陪审团裁断前命令被告人入狱；（2）被告人未按命令到庭，法院可以决定保释失效。许多法官在决定保释失效前给予保人 60 天的合理时间，以便将被保人带回法院。一旦被保人逃跑已成事实，并且保人未能追回，就可以向被保人提起刑事控诉。

在日本，被告人须经传唤无正当理由而不到场时，有相当理由足以怀疑被告人可能逃跑或毁灭证据时，或者对被害人有加害行为时，法院可以依据检察官的请求或依职权裁定撤销保释。撤销保释时，裁定没收保证金的全部或一部；在执行判决时，如被告人经传唤无正当理由而不到场或已经逃跑，也应当没收保证金。经宣告判处监禁以上刑罚的判决时，保释便失去效力。

在被告人违反保释规定时，理当撤销保释，没收保释金，并将其逮捕归案。那么，这时应否象英国那样另定脱逃罪，与原犯罪行数罪并罚呢？保释虽然是有条件地释放，但毕竟不同于羁押，被告人并不处于关押场所。况且，从法理上说，被告人此时尚是无罪的，因而另定脱逃罪并数罪并罚，虽说对被保释人具有威慑作用，但并非妥当。

那么，学者们是如何评价这一制度的呢？

本书第二章介绍了帕卡所揭示的犯罪控制模式与正当程序模式在审判前的拘禁问题上的不同主张。虽然，犯罪控制模式为了提高刑事诉讼的效率，消除看守所人满为患的现象，并不反对对轻微犯罪案件的有些被告人在逮捕后予以释放，故而也就并不否定保释制度在这种情况下的作用，但是，坚决主张在重罪案件中，必须遵行审判前拘禁的原则，其理由可概括为四点：(1) 多数被逮捕的被告是有罪的，所谓审判前的自由，不能被视为事实上构成犯罪的人的“权利”；(2) 释放被告，可能使其逃避审判，或重新犯罪；(3) 轻微犯罪的被告人虽不具有上述危险，但判决确定的处罚，尚不足以对犯罪人未来的行为产生较大的影响，故对其进行拘禁，是唯一的提醒与警告方式；(4) 审判前释放被告，将减少被告接受有罪答辩的诱因。而正当程序模式则认为在被告的自由不妨碍或威胁到正常的审判程序和秩序的范围内，被告有权保持自由直到被判决有罪；除非被告在审判时不准时出庭，否则，不应予以拘禁。其理由大致有以下几点：(1) 一个被控犯罪者并非就是一个犯罪人，被告在有罪宣判前是无罪的，其人身自由不以被指控犯罪和被逮捕而丧失；(2) 审判前拘禁被告必然给其造成诸如无法与律师协商，丧失工作，被迫作有罪答辩等种种不利；(3) 保释制度的精神就是确保被告人出庭，故不能以其可能妨碍程序进行和可能犯罪等事由，剥夺其宪法性自由权利；(4) 所谓审判前“预防性”的拘禁，是以被告“可能会”妨害为

前提的，这是不能为人接受的，只有在妨害事实确已发生时，拘禁被告才是合理的；(5) 把审判前的拘禁作为一种非正式的处罚方式，以代替判决所宣告的正式性的处罚，是违背正义之理念的。

日本学者平野龙一曾对保释制度作过权威性的评价："对于这种以金钱损失的威慑确保被告人到场的制度，有人是抱有疑问的。但是，通过这一制度确保被告人到场，比拘禁被告人的身体要好，是不容否定的。再者，有人批判这一制度是不公平的制度，因为能够交纳起保释金的有钱人可以免除身体的被拘束，而贫困者则因付不起保释保证金而继续被拘束。但是，这属于保证金的确定问题，如果根据贫富差别，确定适当的金额，就未必能说这一制度不公平。""在美国，保释保证金公司的制度很发达。被告人支付一定的金钱，这种公司便会代交保证金。如果这种制度发展完善，那么，便可基本上消除贫困者因贫困而不能保释的现象。至少，以所谓不公平的理由要求限制保释制度的主张就因此显得不适当了。"①

我国有学者针对美国的保释制度说："保释制度在一定合理的条件下适用是可取的、必要的。但是，采取金钱保释的方法，在贫富悬殊的资本主义社会，显然对富有的被告人有利，而对贫穷的被告人不利，这又是贫富被告人在司法上不平等的一个例证。同时，这种方法还说明了在'金钱王国'里，金钱是可以取代限制人身自由的强制措施的。此外，在实践中，由于金钱保释的适用范围过宽，又没有相应的预防被保释人在保释期间再行犯罪的措施，因此，在一定意义上讲，保释制度对于社会和公民，尤其是对控告被保释人的被害人是一种威胁。"②

①平野龙一著《刑事诉讼法概说》第114——115页，东京大学出版会。
②王以真主编《外国刑事诉讼法学》第214页，北京大学出版社。

帕卡所述的犯罪控制模式与正当程序模式在审判前的拘禁问题上的对立，不仅仅局限于是否应拘禁被告人的问题上，而且涉及到审判前拘禁的目的和根据，审判前被告人的法律地位以及保释制度的实质等问题。日本学者和我国学者则主要着眼于保释制度的平等适用问题，而我国学者提出的"金钱换自由"的指责，亦是研讨保释制度时所不能回避的问题。下面笔者将对上述保释制度的基本性问题略作初步探讨。

1、审判前被告人的法律地位

犯罪控制模式的所谓审判前多数被告事实上有罪的主张，不仅是这一模式在审判前拘禁问题上的理论基础，而且是其所有主张赖以存在的根据。正因为被告人"事实上有罪"才将其作为整个刑事程序的客体。因而，从实质上说，这种主张就是有罪推定。虽然，在二十世纪六十年代，这种主张尚可在美国论坛上占据一席之地。但是在今天的美国，这种主张大概已失去了参与论战的资格。在无罪推定主义在世界范围内被普遍信奉的今天，被告人在审判前的法律地位是明确的，在合法宣判有罪之前，被告人是无罪的。因此，从理论上说，被告人的宪法性自由权利并不因被逮捕拘禁、被指控犯罪而丧失。总而言之，被告人在审判前本来就应该是自由的。

2、审判前拘禁的目的

审判前被告人应拥有自由权利，但是被告人因涉嫌犯罪而与一般公民不同，他的自由权利的行使会因其自身的诸种因素，而被阻却。也就是说，由于被告人因涉嫌犯罪而被询问、被传讯，他有可能采取非法的对抗手段，如逃匿、毁灭证据、威胁或加害被害人甚至去犯罪等。为了保证诉讼程序的顺利进行和防止危害结果的发生，被告人的自由权利会因拘禁而暂时被停止行使。因此，审判前拘禁的目的只应有一个，就是防止被告人妨碍诉讼和危害社会。这种拘禁是基于诉讼功利观不得已而实施的，而不是

基于诉讼的正义观而必须实施的。犯罪控制模式主张，为了给予轻微犯罪人未来的行为以应有的影响，轻微的刑罚是不够的，拘禁才是唯一有效的方式，这显然是基于报应主义的认识，显然是把手段目的化了。拘禁应当是预防性的，而不能是惩罚性的。

3、审判前拘禁的根据

既然拘禁的目的是为了预防，就必须在有相当根据足以证明被告人确有妨碍诉讼和危害社会的行为或可能性时，才能实行拘禁。这就需要慎重地考察被告人在被询问、被侦讯后，是否实施了有关不当或妨害行为，被告人的犯罪性质、情节，被告人的性格、职业、家庭、历史，与被害人或其他告发人的关系等等。在这些因素中，被告人已经实施了有关不当的行为，或者已经具有妨碍诉讼或危害社会的行为的因素，是拘禁的主要根据，其他因素应当互相支持，才能构成拘禁的根据。倘若对被告人的种种情况进行考察后，难以形成相当的理由，那么就不应当暂时剥夺被告人的自由权利。在此问题上，犯罪控制模式的主张没有可取之处，而正当程序模式反对预防性拘禁，主张妨害事实确已发生才是拘禁的根据，这又未免走得太远。妨害事实的发生应是主要根据，但不应是唯一的根据。否则，一切拘禁都须在妨害事实发生后实行，这不仅使拘禁失去了预防性意义，而且妨害者逃匿也会使拘禁无法实行。

4、保释制度的实质

通过以上分析，便可清楚地看出，所谓保释就是在被告人不具有应当被拘禁的根据时，还其自由的制度。释放被告人，不是赋予其自由的权利，而是归还其自由的权利。实行保释制度并非象犯罪控制模式所主张的那样，仅仅是为了提高诉讼的效率，消除看守所人满为患的现象，而是象正当程序模式所主张的那样，是为了实现刑事诉讼的正义。因此，以拘禁的合理根据以外的种种理由和借口，限制甚至否定保释制度，其实质就是对被告人人

权和诉讼正义的蔑视。

5、保释的平等适用

在本节开篇和介绍国外保释金的确定时，笔者已谈及此问题，这里继续讨论。如同世间一切制度一样，保释制度既有其合理的一面，也有其不合理的一面。同时，也正如同世间一切制度的实行那样，想要使保释制度的实行只显示其优的一面而完全消除其劣的一面，是不可能的。因此，人们在选择一种制度时，是不可能完全做到只取其优而舍其劣的，完美的制度只存在于人们的构想和追求中。一种制度是这样，一种平等也是这样。平等与人们所崇尚和追求的其他价值理念一样，在观念中常常是绝对的，而在实践中则永远是相对的。保释制度作为归还被告人自由权利的制度，其公正性和合理性是不容否定的。然而，正如中外学者所共同关注的那样，在其适用上必然引发平等问题。上述浅显道理已经告诉我们，因这一制度确实在平等适用上存在缺失而怀疑甚至否定它，是不可取的。惟因这一制度的优良而选择它，并尽可能减少其缺失，则是明智之举。平野龙一教授根据贫富差别确定不同金额的主张，无疑是可取的。另外，交不起保释金的被告如果有良好的家庭或社会关系，则可以人保代替财产保，或者采取具结的方法，即由其本人担保。总之，通过一定的灵活方式是可以解决贫困者的交保问题的。这样，就可使保释的适用趋向于平等。

6、保释制度中的金钱观问题。

我国学者指责保释制度有其"以金钱换自由"的一面，是可以理解的。因为我国学者们虽然多数信仰无罪推定主义，但许多人由于传统观念，尚未能深思审判前被告人的法律地位问题。在有些人看来，审判前被告人被羁押在看守所是天经地义的。因而，我们常常可以看到，每当电影电视中出现警察历经艰险拼死抓到的黑社会头目被保释而洋洋得意地走出警察局等诸如此类的情节

时，我们的宪法学者和刑诉法学者会和老百姓一样感到忿忿不平。其实，如上文所述，由于审判前的被告人在法律上是无罪的，故被告本应是自由的。所谓用金钱保释，并非“金钱是可以取代限制人身自由的强制措施的”，也不是“用金钱换自由”，而仅仅是用金钱作担保。拘禁还是保释，不是由金钱决定的，而是由被告人是否确有妨害行为或可能性所决定的。可见，用金钱问题贬低甚至否定保释制度，在诉讼法理上是站不住脚的。

通过评价国外保释制度和中外学者的观点，在探讨了保释制度的有关基本问题后，笔者现在也许可以胸有成竹地回到我国的问题上了。

中国人向外国人展示中国司法文明的基本方式，就是让外国人亲自参观监狱，而这并非是在作样子，搞宣传，中国的监狱确实是在“用事实说话”。然而，假如有人提出让外国人看看中国的看守所，那么这人一定会被认为是“别有用心”。中国的监狱是大可见人的，而中国的看守所则是见不得人的。

有人说，看守所是传习所、大染缸。也有人说，看守所是刑讯所、虐待所（犯人自相虐待）。这些说法，不能不说在一定程度上客观地揭示了我国看守所的现状。

可以认为，对于被告人来说，在整个刑事诉讼过程中，唯有在看守所期间最难维护自身的权利和尊严，也最易受到刑讯和虐待；对于刑事诉讼来说，看守所严酷的现实正是我国刑事司法阴暗面之所在。大凡了解看守所现状，有点良知的人，对此都是不会予以否认的。我国对因涉嫌犯罪而被羁押的人犯要比对已经宣判有罪而交付执行的犯人更为严厉，这种认识和做法，实在令人费解。无论如何也不能说，涉嫌犯罪的人比宣判有罪的人主观恶性和人身危险性要大。

造成看守所如此现状的原因很多。就主要方面而而言，是公安、检察机关在观念上认为，除了罪行轻微的、患有严重疾病的

以及正在怀孕和哺乳自己婴儿的妇女外，绝大多数主要犯罪事实已经查清，够得上判处徒刑的被告人，都应该被逮捕、关押（在实践中，弹性的“逮捕必要”之条件不起多大作用）；而且还认为，凡是被逮捕，就是有罪的（有罪推定），因而除了冤枉的，当然不存在释放问题。致使看守所进得多，出得少，自然造成人满为患。于是，由于干警力量有限，就只关押，不管理。通常的做法是，每个号子由“政府（干警）委任”人犯进行自我管理。干警只听汇报，难以及时而有效地制止人犯的自相虐待。再者，由于看守所面积有限，只得混关各类犯人，以至腐朽观念的传播、恶劣习性的传染、犯罪方法的传授难以避免。此外，侦查人员也最善于有效地利用被告人的严酷处境，逼供、诱供、骗供现象相当普遍。早已为文明国家斥为野蛮、黑暗的司法制度象征的刑讯逼供现象亦时有发生。

必须清楚地认识到，摆在我们面前的是看守所的人满为患，而这一现象的背后则存在着被告人的自由权利问题。这一认识的根据是，大量被逮捕关押的人犯，决不可能都会在释放后即妨碍诉讼或危害社会。面对我国多数审前被告人被羁押而西方国家多数审前被告人都被保释在外的现实，我们无论如何也不能下这样的结论：中国的被告人比外国的被告人更可怕。因此，既然审前被告人在法律上是无罪的，其依然拥有着自由权利，那么，对于没有妨碍诉讼或危害社会的行为和危险的被告人，应当予以释放，还其自由。倘若这种诉讼正义得以实现，便自然会带来诉讼效率的提高，即消除看守所人满为患的现象，使之管理工作具备客观条件。因而可以说，建立保释制度是一举兼得的司法改革构想。

也许有人会说，我国的逮捕与国外的不同，我国的逮捕条件之一就是必要性，即对被告人采取取保候审、监视居住等强制措施，尚不足以防止其发生社会危险性，因而有逮捕必要，故在逮

捕之前，已经通过考察被告人的诸种情况，衡量过他是否可能危害社会。对他进行逮捕，就是因为他具有危险性，必须羁押而不能让其自由活动。因此，在我国建立保释制度是无的放矢，没有必要。这一观点在我国刑诉理论上是说得通的，但是，实践中大批的逮捕和看守所的拥挤不堪，却表明在逮捕实务中，逮捕的必要性条件并未被严格掌握。更重要的是，我国在逮捕时，观念上的严格实施主要是为了防止错捕滥捕，伤害无辜，而不是首先着眼于审前被告人无罪和应享有自由这一诉讼法理。故只要在主观上认为需要逮捕，便通过报捕、批捕而逮捕，也就是自然的了。虽然国外的逮捕条件不象我国那样严格，但这并不能最终决定被告是否应被关押，只有保释制度才能决定关押与否。而法官在决定是否保释时，在观念上是以被告本应享有自由为前提的，故不允许保释只是不得已的。而且，法官的决定将受到司法审查。因此，仅仅通过在观念上并不完全合理，在执行上并不十分严格的逮捕，就最终决定羁押被告人并不能有所改变，显然是忽视了刑事诉讼保障被告人权利的功能。在不改变我国现行刑诉法关于逮捕规定的同时，建立保释制度，对那些没有必要逮捕而被逮捕羁押的被告人进行救济，是现代刑诉人权观念的要求，也是司法实践的客观需要。一句话，建立保释制度是完全必要的。

也许有人还会说，我国本来就有与逮捕等其他强制措施相配套的取保候审制度，只不过这种取保候审只允许人保而不允许财产保。因此，毫无必要在规定取保候审的同时再规定保释制度。笔者认为，倘若我国有一个能够发挥保释制度那种功能的取保候审制度，那么，仅仅因为名称上略有不同而僵化地主张非要建立一个称为保释的制度，显然是过于迂腐了。而事实上，我国目前的取保候审不仅不可能发挥出保释制度那样的功能，而且，即使对取保候审进行改良，也难以使其发挥我们所期待的功能。因为可以说取保候审只是保释制度一个最低级的形式而已。根据刑诉

法规定，取保候审是指公、检、法机关责令被告人提供保证人，由保证人担保被告人不逃避或妨碍侦查、起诉和审判并随传随到的一种强制方法。仅从这一概念上看，似乎取保候审也就是保释制度中的人保，但只要稍一留心其适用对象，就会明白这一强制措施的实质。取保候审的适用对象分为三类：（1）罪行比较轻微，不够逮捕条件的（反过来说，罪行较重的，就够逮捕条件——可见逮捕与否，最留意的是罪的轻重；而不关押轻微犯罪者，是因为没有必要让这类人增加看守所的负担）；（2）罪该逮捕，但采用取保候审方法足以防止其发生社会危险性的。这主要是指患有严重疾病，或者正在怀孕、哺乳自己婴儿的被告人（这里所表明的可以说是，把这类人关押起来麻烦太多，放在社会上也不会有什么问题）；（3）需要逮捕，但证据不足的（证据不足，主要事实就不清；主要事实都不清，何以需要逮捕？对这类人其实不是不想关押，而是怕到最后放出来麻烦）。纵观取保候审所适用的非常有限的对象，可以清楚地看到取保候审的实质就是，通过这一措施，把不便于关押起来的人较为缓和地管起来；这里不存在考虑被告人自由权利的价值观问题，只存在减少看守所麻烦和减少诉讼后果上的副作用的诉讼效率观问题（当然，按照通常的解释，这是人道主义的体现）。因此，怎么能说有了这种低层次的人保措施，就毫无必要建立保释制度了呢?! 除了用人来担保这一形式外，在价值观上，适用对象上，取保候审与保释制度又有多少相似之处?!

综上所述，我国目前在逮捕、羁押、取保候审上的种种观念及做法，都需要来一个较大的变革。而建立现代型的保释制度，就是实现这一变革的具体步骤。

至于如何在我国建立保释制度，即如何确定保释的适用范围、保释金的标准和支付方式、保释的时间、方法以及保释的变更与撤销等问题，则都属于技术性问题。只要在审前被告人的法

律地位、羁押与保释的目的等实质性问题上树立起正确的诉讼价值观，那么，在通观国外保释制度的得失的基础上、解决技术性问题便是不难的事情。

决定不处罚你了，但宣布你是个罪犯。你不服，不愿接受这种“宽大”，但却没地方说理。

告状者把告你的材料都交给了评断者，评断者看完后觉得告得没错，于是开始正式审你。你说，在这种情况下，你还能让评断者信你吗？你还能和告状者平等说理吗？

如果我国的免予起诉制度和卷宗移送制度不变，那么你也就没什么理好说。

第七章　起诉程序

起诉程序是刑事诉讼中承前启后的程序。所谓承前，就是对侦查程序所作出的结论——起诉与免予起诉意见，进行审查，决定起诉、免予起诉或不起诉；所谓启后，就是提起公诉，开启审判程序。因此，起诉程序在一定程度上决定着侦查程序和审判程序。

起诉程序的构造是指侦查人员、检察人员与被告人及其辩护人在起诉程序中的法律地位和相互关系。起诉程序的“承前启后”与起诉程序的构造有着非常密切的关系。就“承前”而言，检察机关的免予起诉决定应属何种性质和应给予怎样的限制、辩护律师应否参与和怎样参与起诉程序，属构造问题；就“启后”而言，检察机关提起公诉采取何种方式——是移送案件和证据，还是实行起诉书一本主义，也属于构造问题（它影响甚至决定着审判程序中控、辩、裁三方的法律地位和相互关系）。据此，笔者认为，研究我国起诉程序构造的完善问题，应将注意力集中在免予起诉

的性质和限制、辩护律师参与起诉程序和应否实行起诉书一本主义这三个问题上。

一、免予起诉的性质和限制

(一) 日本起诉犹豫的性质和限制

为了明确我国免予起诉的性质，研究日本的起诉犹豫是有必要的。实行起诉便宜主义最为典型的国家是日本。"检察官对于有充分嫌疑的案件，未必一定要提起公诉。即使嫌疑充分，也可以根据犯人的性格、年龄及境遇，犯罪的轻重和情节以及犯罪后的情况，在没有追诉必要时，不提起公诉"（248 条）。这称为起诉犹豫。不起诉处分分为以没有嫌疑为理由的狭义的不起诉和以没有提起公诉必要为理由的起诉犹豫。[1] 可见，起诉犹豫是检察官在认为虽有犯罪嫌疑，但没有追诉必要时、作出的不起诉处分。法条中所述"犯人的……"，"犯罪的轻重……"和"犯罪后……"，从理论上说，不是由检察官所认定的犯罪构成，而是检察官所认定的犯罪嫌疑。起诉犹豫的性质，就是在起诉阶段终止诉讼，不存在认定和宣告被告人有罪的问题。

日本学者在教科书和著作中，一般都不论及起诉犹豫的性质，这也许是因为这一问题在他们眼里本不成问题。但对我们来说，认识这一问题不仅是必要的，而且是重要的。日本关于起诉条件的理论，可以证明以上关于起诉犹豫性质的结论。

关于起诉条件，日本学界时有争论。依照通说，检察官在提起公诉时，应当确信犯罪嫌疑的存在，但是，即使不存在犯罪嫌疑，也不能认为提起公诉是无效的。这一观点为刑诉法界三巨匠平场安治博士、团滕重光博士和平野龙一教授所主张。例如，平场安治认为，起诉条件与提起公诉的有效、无效问题无关。检察

1 平野龙一《刑事诉讼法概说》第80页，东京大学出版会1982年版。

官应当具有有罪的确信，不能在无罪或实体性免诉的确信下提起公诉（免诉为日本形式判决的一种，与无罪判决有共同性，具有一事不再理的效力。[1]）。因此，应把检察官的有罪确信视为起诉条件之一。但是，不能因不具备这一条件而认定公诉无效，从而作出驳回公诉的判决，而应当宣告无罪乃至进行实体性免诉的判决。这是因为驳回公诉，检察官可能继续侦查，在发现犯罪嫌疑后重新起诉，而宣告无罪或作出免诉判决后，根据一事不再理原则，便不得对被告再行起诉。[2] 井户田侃教授在八十年代初，对通说提出了挑战，并系统地展开了他的观点。他认为，必须从理论上对通说的诉讼条件的机能加以反省。起诉条件的内容应包括足以提起公诉的客观的犯罪嫌疑的存在和应当起诉犹豫的事实的不存在这两点。欠缺客观的犯罪嫌疑，也就欠缺围绕检察官主张是否成立的构成诉讼的前提条件，故应以驳回公诉的判决，终止诉讼。存在应当起诉犹豫的事实，也就不存在行使刑罚权的必要性和继续进行诉讼的条件，故应根据刑诉法 337 条关于免诉事由的规定，以免诉判决终止诉讼。总之，不符合起诉条件的提起公诉是无效的，属于"公诉权的滥用"。[3] 上述主张在犯罪嫌疑的存在是起诉条件之一上，认识是一致的，其争论归结于不存在犯罪嫌疑的起诉是否有效上。透过这一争论，我们可以看出，第一，既然提起公诉的条件不过是犯罪嫌疑的确信，那么，起诉犹豫当然也只能是对犯罪嫌疑的认定，而不是对犯罪构成的认定，因此不能根据犯罪的嫌疑，宣告被告人有罪；第二，既然对于本应作起诉犹豫处分而却提起公诉的案件，法院应作出与无罪宣判效力相同的免诉判决，那么，起诉犹豫实际上当然也与"无罪宣判"具

---

①铃木茂嗣《刑事诉讼法》第216页，1980年版。
②平场安治《改订刑事诉讼法讲义》第386页，1955年出版。
③井户田侃《刑事程序构造论的展开》第131页，1982年版。

有同等效力。由此可见，日本起诉犹豫的适用条件（具有犯罪嫌疑和不需要进行追诉的情况）、性质（仅仅是终止诉讼），与我国的免予起诉是不同的。

日本的起诉犹豫只决定终止诉讼的程序问题，不解决被告人是否构成犯罪的实体问题，这是由日本刑诉法贯彻无罪推定原则所决定的。无罪推定的法理表明，只有在正式的审判程序中，由充任裁判角色的法官通过判决，才能认定被告人有罪；而在审判前的起诉程序中，检察官无权通过不起诉或其他任何方式认定被告人有罪。给被告人定罪这一刑诉实体问题的决定权，是审判权的一部分（另一部分是量刑），决定是否起诉的公诉权不能侵犯审判权。而且，实体问题的决定权统一地归属审判权，也是现代刑诉的发展规律和趋势。

正因为日本的起诉犹豫不涉及被告人是否有罪的实体问题，所以，日本刑诉法没有规定被告人及其辩护人对检察官适用起诉犹豫的限制，刑诉理论也不将此作为保护被告人人权的问题来研究。被告人被作起诉犹豫处理，在程序上摆脱了追诉，在实体上实际上获得了无罪的结论，有利而无害，没有理由不服这种处分。因此，为了保证检察官正确适用起诉犹豫，由一定的机构和被告人以外的其他人通过一定的方式限制检察官的这种自由裁量权，则是必要的。"检察审查制度"虽然在法律上对检察官起诉和不起诉处分权进行限制，但在实践中显然主要是针对不起诉的。考察这一制度的效果，总是以经检察审查委员会决定而起诉的百分比为根据，就充分证明了这一点。"交付审判制度"则是通过告诉人和告发人，由法院对检察官不起诉处分权进行直接限制的制度。

可见，不起诉（起诉犹豫）如果不涉及被告人实体问题，便不存在被告人服不服的问题，而只存在其他机关或个人如何制约不起诉适用的问题；如果涉及被告人的实体问题，便必然存在被

告人不服时，应如何保障其合法权益的问题。

（二）免予起诉的性质及存废

免予起诉颇具中国特色，其含义应为检察机关在认为被告人的行为已构成犯罪，但依法不需要判处刑罚或应当免除刑罚时，作出认定犯罪，不将被告人交付法院审判从而终止诉讼决定的诉讼活动。就其性质而言，是在认定犯罪的同时，终止诉讼。

免予起诉是检察机关审查部门在起诉程序中，行使裁判职能的内容之一。检察人员在决定是否免予起诉时，应同时兼顾刑诉惩罚犯罪和保障人权两个方面的目的。具体说，既要防止放纵犯罪，把本应起诉的案件作免予起诉处理，又要防止侵犯人权，把本应不起诉的案件作免予起诉的处理。免予起诉在实践中运用相当广泛，已积累了一定的司法实践经验。从整体上看，运用免诉的法律效果和社会效果是积极的，不仅有力地执行了"惩办与宽大相结合"的刑事政策，而且切实地贯彻了诉讼经济的原则。同时，也须看到，由于免诉直接评断刑诉实体问题和缺乏合理而有效的限制性制度，因而在实践中也存在着不当适用的问题。这主要表现为，未严格把握免诉的法定条件，以其他情节和理由将本该起诉的案件作免诉处理；对错捕的案件，用免诉方式了结诉讼，以保住所谓面子；对事实不清，证据不足的疑案，不愿作无罪处理，进行所谓免诉，等等。由于免诉制度本身存在的问题，正是实践中不当适用的主要原因，所以，近年来学者们对此制度的废存问题多有评说。

主张免诉制度应存续的观点认为，免予起诉是惩办与宽大相结合政策在司法程序上的体现，正确运用它可以有效地分化、瓦解罪犯，促使一些犯罪分子坦白自首，悔过自新。同时，也有利于罪犯的改造。人民检察院作为国家的重要司法机关，根据犯罪案件的性质、情节、危害程度、被告人的情况及其他特殊需要，将符合法定条件的被告人不交付人民法院进行审判，不能说是越

组代庖，侵犯了法院的审判权。因为检察机关有决定免予起诉的权力就是表明：决定处罚是法院的权力，而提起公诉则是要求处罚，要求处罚是公诉机关的权力，不是审判机关的权力。审判机关有刑罚权，检察机关有追诉权。检察机关有权提起公诉，也有权不提起公诉，这是公诉权的一个组成部分，不是审判权。因此，确认检察机关有免予起诉的权力，不能说审控不分，检察机关行使了审判机关的权力。至于程序上缺乏制约机制、缺乏对被告人、被害人合法权益的法律保护，可以不断健全、完善，但不能因噎废食。免予起诉确有不足，这主要是免诉是检察机关独自作出的决定。这种处理决定既未公开进行，被告人也未获得充分辩护机会，尤其是没有辩护人帮其辩护。而且，被告人对处理决定没有上诉权，这就出现了对于无罪的被告人而被免予起诉时应当如何补救的问题。现行刑诉法规定，被告人可以在七日内向人民检察院申诉。这种补救措施，在许多情况下是软弱无力的。因为要让任何一个作出决定的检察机关在七日之内改变决定是非常困难的。但是，这一问题是能够设法解决的，故不能构成废除免予起诉的一个理由。

主张废除免予起诉的观点，主要有三种。第一，主张全面废除。认为免予起诉的决定是有罪决定，对于涉及给公民定罪的这种决定权，应由人民法院统一独立行使。人民检察院行使免予起诉权，不利公、检、法三机关的互相制约，特别是不利于人民法院对人民检察院的制约。这类免诉案件若诉之法院，则有利于维护被告人、被害人的合法权益。因为被告人在审判阶段可以委托律师为其辩护，法院依法公开审判；法院作出的免予刑事处罚的判决，被告人、自诉人有权依法上诉。第二，主张废除自侦案件的免予起诉。认为对检察机关的免诉权不加区分地一概排斥或一律肯定都失之偏颇。人民检察院对公安机关侦查终结的案件行使免诉权是必要的，应当保留。但对自行侦查终结的免诉权则不应

行使，必须废除。首先，从诉讼原则上看。我国刑诉法贯彻公、检、法三机关分工负责、互相配合、互相制约的原则。人民检察院对公安机关侦查终结的案件依法作出免予起诉的决定以及公安机关对免予起诉决定有请求复议复核权，这充分体现了公、检、法三机关的分工负责、互相配合、互相制约的原则。然而人民检察院对自行侦查终结的案件所作出的免予起诉决定，由于从案件的立案侦查到免予起诉决定的作出，都是由检察机关自行办理的，属于"一家独揽"的办案程序，这与我国刑诉法所规定的原则是相悖的。其次，从司法实践看。检察机关对自诉案件行使免诉权时，由于对其在认定事实和适用法律上缺乏必要的监督制约，致使滥用免诉权的现象普遍存在。况且，近年来有些地区人民检察院自侦案件的免诉率呈上升趋势，故应对此作一番重新考虑。再次，从社会效果看。检察机关自行侦查又自行免诉，在一定程度上影响了处理案件的客观性和公正性，容易使人造成一种执法不严，打击不力的感觉，难免使人们不能接受检察机关一家说了算的做法。第三，主张排除免予起诉中解决实体问题的内容。认为免予起诉制度的存在，破坏了控审分离精神，使得作为控诉机关的人民检察院也有权进行审判。因为免予起诉决定具有双重性，一方面是对诉讼活动和程序的终结，另一方面是对案件作了实体评断。从后一点看，免予起诉决定行使了本来只有审判活动才能行使的权力，处理了本来只有审判权才能处理的实体问题。刑事审判权即定罪量刑权，是宪法赋予人民法院的权力。公诉权是检察机关代表国家依法决定是否把被告人交付法庭审判的权力，包括起诉权、不起诉权和撤诉权。公诉权必然含有免诉权。但是现在的免予起诉还具有对刑事案件作出实体评断，处分被告人刑事实体权利的效力，这是公诉权所绝对包含不了的。公诉机关所拥有的终止刑事诉讼的权力，是应当予以肯定的。但公诉机关对案件作实体处理，处分被告人刑事实体权利的权力，应当废

止。

笔者认为，由于免予起诉同时涉及实体上的罪与非罪的问题和程序上的诉与不诉的问题，且在运用上缺乏有效的必要限制，因而确实存在着种种不足。但是，从我国的实际出发，现阶段尚需继续保留。主张废除的各种观点虽有其理论和实践的根据，但也有欠妥之处。第一、完全否定免予起诉，就意味着检察机关认定有罪的案件，虽然存在着犯罪情节轻微不需要判处刑罚的情况和刑法明确规定的免除刑罚的情节，但却必须向法院提起公诉。这样做，从表面上看，似乎能够保证准确地惩罚犯罪和避免无罪的人被检察机关的定罪，而实际上则不利于贯彻惩办与宽大相结合的刑事政策，违反诉讼经济的原则，也不符合现代刑事诉讼制度的发展潮流。再者，主张废除免予起诉，往往基于给被告人定罪应当经过正式的审判程序这一点，其主观愿望是保护被告人的合法权益，但同时也会带来不利被告人的后果。例如，这样做势必使被告人无法尽快地在起诉程序中就摆脱刑事追诉，被关押的被告人将只有在判决生效后才能被免刑释放；而有的本来可以被免诉的被告人，在审判程序中，可能不仅被认定犯罪，而且被追究刑事责任。因此，从诉讼构造的角度来看，应当肯定检察机关一定的起诉与否的裁量权，单一地采取起诉法定主义有其难以克服的弊端。第二，检察机关自侦案件的免诉所存在的问题确实更多。而且，据近几年统计，全国刑事检察部门对公安机关移送的起诉或免予起诉的案件，决定免予起诉的，只占全部案件的6%——8%，而检察机关自行侦查的案件，免予起诉的比率在30%——40%之间。因此，应当重视这一问题的研究。但是，简单地主张废除自侦案件的免诉制度，存在着与上述完全否定免予起诉的主张同样的弊端。“自侦自免”案件在程序上缺乏必要的限制，需要大力完善。在此问题上，主张免予起诉应当存续的观点，对废除免诉制度观点所作的“不能因噎废食”的反驳，是切中

要害的。第三，免予起诉对被告人有罪作出了终极性的认定，从控审分离的诉讼法理上来说，检察机关确实是部分地行使了法院的裁决权。但是，据此主张将免予起诉中解决实体问题的内容予以排除，只终止诉讼，不对是否犯罪下结论，则并非妥当。对刑诉某方面内容提出改革设想，需以刑诉法典整个内容为背景，与其他内容能够基本保持协调。也就是说，一部分内容的改革要与其他有关内容相容。否则，若引起一系列矛盾，改革就可能缺乏可行性。主张排除免予起诉中解决实体问题的内容，就存在着与刑诉法其他内容发生矛盾的问题。如果免予起诉书只就不提起公诉问题作出结论，不涉及被告人实体上是否有罪的问题。那么，被免诉的被告人在法律上实际获得的则是无罪的认定（这一观点的目的正在于此）。这样，检察机关的免诉决定与审判机关的定罪免刑判决便发生了矛盾。这就是说同样具有刑法规定的不需要判处刑罚或免除刑罚的情节的被告人，起诉阶段被免诉，没有被定罪，而如果进入了审判阶段，被免刑判决，则被认定有罪，这显然是不公正的，令人无法接受的。那么，能否进行系统性改革，把审判机关的免刑判决中认定犯罪的内容也排除出去，使其只具有终止诉讼的性质而与免予起诉一致起来？回答是否定的。因为虽然按照上述主张公诉权不应包括解决实体问题的内容，但审判权则毫无疑问具有解决实体问题的内容。从控审分离的诉讼法理出发，无论如何也得不出审判机关的免刑判决不应解决实体问题的结论。日本的免诉判决，是免予追诉的判决，其效力与无罪判决相同。而我国的免刑判决则是根据刑法有关规定免予处刑的判决，与无罪判决在性质上根本不同。要改变免刑判决的性质，必然涉及刑法犯罪构成规定和理论中的罪与非罪的问题，并非仅从刑诉法的角度就能够加以解决的。因此，主张排除免予起诉决定中认定犯罪内容的观点，在刑诉法和刑法上，都有其无法回避的矛盾。

当然，笔者并不反对控审应当分离的法理，也不否认检察机关的免诉权确实部分地行使了审判机关的裁决权。但是，认为现阶段还需继续保留这种性质的免予起诉，通过对免予起诉的运用进行必要限制，能够防止和清除其实际存在的弊端。

（三）关于对免予起诉的制约

对免予起诉决定有制约作用的是公安机关、检察院的侦查部门、被告人以及被害人。也就是说，公安机关可能会认为检察机关的免予起诉决定有错误，检察机关侦查部门（即目前的法纪、经济检察部门）可能会认为审查部门（即目前的刑事检察部门）的免予起诉决定有错误，被告人和被害人也会对免予起诉不服。因此，对免予起诉的制约，主要是来自这两个组织和两种人。

刑诉法规定了公安机关、被害人和被告人的制约，即公安机关要求同级检察机关复议和提请上级检察机关复核，被害人和被告人在七日内向检察机关申诉。不过，刑诉法尚未规定检察机关的侦查部门在认为审查部门的免予起诉决定确有错误时，应如何进行制约。公安机关对检察机关免予起诉的制约，能够通过上级检察院实现。只要加强上级检察院的复核工作，使其制度化、法律化，公安机关和上级检察院对免予起诉的制约就能发挥应有的效果。而被害人和被告人由于只能向作出免予起诉决定的检察机关提出申诉，故这种制约难以奏效，需要加以完善。在检察机关自侦案件的免予起诉中，当然也存在被害人和被告人的制约，但这尚不够，需明确提出和加强侦查部门的制约。

1、被告人的制约

免予起诉决定认定被告人有罪，必然存在被告人服与不服的问题，因而被告人方面的制约，必须予以充分重视。刑诉法规定的申诉，不足以保障被告人的实体权利，保证免予起诉的准确适用。对此，有人主张，被告人如果对免予起诉的决定不服，可以向人民法院提出“特别申诉”，经人民法院审理后，认为被告人的

行为不构成犯罪的，可以作出被告人无罪的判决。这一主张虽然对于保障被告人合法权益是有利、有力的，但具体实施则难免发生困难。法院接受被告人的“特别申诉” 需进行正式审理，检察院当然应当出庭。但是，如果检察院认为免予起诉决定并无错误，没有必要开庭审理，而不愿提出公诉和参加庭审。那么，由于法院无权强制检察院起诉，被告人的“特别申诉”无论如何也不能构成一种起诉，这样便难以进行庭审。笔者认为，可考虑在免予起诉决定的作出程序上确认被告人的制约权利。即检察机关必须在征得被告人的同意后，才能作出免予起诉的决定。如果被告人认为自己无罪而不同意免予起诉，检察机关应当提起公诉；公诉的内容是请求法院认定被告人有罪，作出定罪免刑判决；人民法院在审理后，如果认定被告人无罪，则应作出无罪判决；检察机关如认为判决确有错误可抗诉。免予起诉的精神是“从宽”，如果被告人认为自己无罪，被免予起诉不是“从宽”而是“从严”。那么，检察机关就没有必要给予被告人不愿领受的“从宽”。否则，免予起诉因被告人不服便难以起到教育被告人本人的特殊预防的效果。再者，刑诉法第101条规定，对于不需要判处刑罚或免除刑罚的被告人，可以免予起诉。所谓“可以”表明，是否作出免予起诉决定，由检察机关酌情考虑。即使符合免予起诉的法定条件，也可提起公诉。因此，因被告人不同意免诉而提起公诉，是符合这一立法精神的。需要指出的是，由于被告人大多不懂法，对自己的情况难以作出正确判断，而且检察人员可能施加种种压力，迫使被告人接受免诉，所以仅由被告人孤立地选择接受与否是不行的。与此项变革相配套，应当允许辩护律师参与起诉程序，协助被告人作出同意与否的决定，只有这样才能使这一变革真正起到保障被告人合法权益的作用。如果能够切实实现免诉决定的作出程序上的这种被告人的制约权利，那么，即使免予起诉具有解决实体问题的性质，也能够有效地防止由此而可能发生的

治人入罪的冤错。

2、被害人的制约

鉴于免诉制度在保护刑事被害人合法权益上的不完善，有人建议实行被害人告诉制度，即被害人如果对免予起诉的决定不服，可直接向人民法院告诉，由人民法院就案件进行审理，进而判决被告人是否有罪和应否受刑事处罚。日本实行"交付审判制度"或称"准用起诉程序"，即告诉人或告发人（当然包括被害人）如果不服检察官作出的不起诉的决定，可以请求法院审理该案，如果法院不驳回请求时，应当从律师中指定对该案件担任支持公诉的人，然后进行审理。联邦德国实行"被害人申诉制度"，即被害人如果对检察机关作出的不起诉决定不服，可以向法院提出申诉，要求对检察官决定进行"司法审查"。如果法院认为应当对被告人起诉，可以发出"起诉令"，由检察机关将案件起诉，交付法院审判。可见，对于被害人不服的案件，日本是由法院指定的律师担任公诉人，提起和支持公诉，而联邦德国则是由法院命令检察官提起公诉。在我国，如果实行被害人直接向法院起诉的制度，则既难以由法院指定律师担任公诉人，又不能由法院强制检察机关提出公诉，因而只好由被害人作起诉人，至多可由被害人委托律师，协助其起诉，如此就必然引发以下问题。第一，被害人起诉的案件是经公安机关或检察机关侦查的案件，仅仅基于保护被害人的权益，便将本来由国家专门机关负责的案件交由被害人个人起诉，这势必使公、检、法三机关互相配合、互相制约的关系因个人起诉而中断。第二，如果法院认为案件事实不清，证据不足，经自行调查仍不能查清，需要起诉方补充收集证据，就无法退回补充侦查。因为作为起诉方的被害人既没有侦查权，也不能把案件转交公安机关或检察机关的侦查部门补充侦查。第三，由被害人起诉，检察机关不派员出席法庭，使检察机关对法院审判活动的监督无法进行。刑事审判与法律监督的脱节，当然

不利于保证审判质量。因此，被害人直接向法院告诉的制度，不适宜在我国实行。笔者认为，被害人对检察机关免诉权的制约，应当参照公安机关对检察机关免诉权的制约方式。即被害人如果不服检察机关的免予起诉决定，可向检察院提出申诉，如果对检察院的复查决定仍然不服，可向上一级检察院提出申诉。这样可以进一步加强上一级检察院对下一级检察院办理免予起诉案件工作的制约，及时纠正错误的免予起诉决定，保护被害人的合法权益，防止轻纵应当起诉的被告人。

3、检察机关侦查部门的制约

虽然，检察机关已改变过去的对案件"一杆子插到底"的状况，由侦查部门（法纪、经济检察部门）负责侦查和提出是否应予起诉的意见，由审查部门（刑事检察部门）决定起诉、不起诉和免予起诉。但是，这种静态的内部业务分工，仅仅为免予起诉的内部制约提供了条件，而不是动态的内部制约本身。因此，侦查部门如何对审查部门的免予起诉决定进行制约的问题，仍然没有得到解决。有人主张，侦查部门如果认为刑事检察部门的免予起诉决定有错误时，可以将意见提交本院检察委员会讨论，由检察委员会决定。意见仍不能统一的，应当报请上一级人民检察院审查决定。笔者认为，要实现这种制约，是有一定难度的。在司法实践中，审查部门在认为案件应作免予起诉处理时，通常都提交检察委员会集体讨论通过。因而，如果侦查部门认为审查部门的免予起诉决定有错误，将意见提交检察委员会，要使委员会改变原来的看法，显然是不容易的。如果检察委员会不接受侦查部门的意见，侦查部门能否以检察委员会的决定有错误为由，向上一级检察院提请复核，是有疑问的。因此，笔者建议，应当建立上一级检察院对下一级检察院的免予起诉决定进行普遍审查的制度。即无论下一级检察院的侦查部门是否提请复核，下一级检察院都应当把所有"自侦自免"的案件上报上一级检察院，由其进行

审查。只有通过上一级检察院的审查，才可能对自侦案件的免予起诉实行有效的制约。"自侦自免"的案件在全部免予起诉的案件中占绝大多数，且缺乏有效的制约，实行普遍审查制度，加强上一级检察机关对下一级检察机关办理免予起诉案件的制约，是完全必要的。

二、辩护律师参与起诉程序问题

辩护律师参与侦查程序已成现代刑诉发展潮流，起诉程序作为侦查程序之后的程序，辩护律师的参与是不言而喻的。应当认为，东西方主要国家辩护律师在侦查程序中所享有的会见权、通讯权、阅卷权、各种在场权、自行侦查权以及证据保全申请权等，在起诉程序中当然是继续有效的。起诉程序的特点是检察官作为裁判者，对侦查终结的案件作出起诉与不起诉的决定，因而辩护律师的诉讼活动也应围绕起诉与不起诉展开。

我国在辩护律师参与侦查程序的问题上，应既着眼于现实，又放眼于未来，分初步改革阶段和进一步改革阶段。在初步改革阶段，笔者在本书第六章"侦查程序"中提出的辩护律师的权利，在起诉程序中辩护律师同样也应享有。即辩护律师享有会见被告人的权利，查阅卷宗与了解案情的权利，向检察院提出补充侦查、纠正违法侦查行为等申请的权利。笔者认为，辩护律师在起诉程序中的主要权利，应为以下两项。第一，提出不同意起诉意见书的权利。辩护律师在认为检察机关的起诉决定有错，不应提起公诉而应不起诉，或者具有依法不需要判处刑罚或免除刑罚的情节而应免予起诉的时候，可向检察机关提出不同意起诉的意见书。辩护律师的这一意见书，虽不具有阻止检察机关提起公诉的效力，但检察机关应予审查。检察机关如接受辩护律师的意见，就应作出不起诉或免予起诉决定。如果不接受意见，则应将审查结果通知辩护律师。刑诉法对免予起诉规定了有关限制和制约，

但对起诉则没有类似规定。因此，辩护律师的这一限制，虽然是有限的，但却是必要的。第二，协助被告人提出不同意免予起诉的诉讼主张。由于免予起诉具有解决案件实体问题的性质，为了充分保护被告人的合法权益，笔者在上文主张，检察机关作出免予起诉的决定，应征得被告人同意。被告人如不同意，则应提起公诉。为使被告人切实行使这一权利，辩护律师的协助是非常必要的。辩护律师应有权建议被告人不同意免予起诉，并说明无罪的理由，促使被告人坚定信心；也有权建议被告人接受免予起诉决定，并解释有罪的理由，防止因起诉而使被告人招致判刑的不利。检察机关不应干涉辩护律师的这一权利。

三、起诉书一本主义

（一）起诉书一本主义问题在刑诉构造论中的归属

中国刑诉构造中是否采取起诉书一本主义，从表面上来看，决定着侦查和审判程序的联系形式，即不采取则是连锁式的，采取则是中断式的；但从实质上看，则决定着起诉程序和审判程序中的控、辩、裁三方的法律地位和相互关系。就起诉程序而言，不采取起诉书一本主义，由检察官将侦查和起诉卷宗及证据移送法院，必然导致控、辩双方的不平等（辩方是无权在庭审前将己方的证据及诉讼材料移送法院的）；采取起诉书一本主义，不允许检察官移送证据材料，控、辩双方在此问题上则达到了平等。就审判程序而言，不采取起诉书一本主义，由检察官把己方的控诉材料及证据移送法院，必然导致尚未开庭审理，作为控方的检察官便已居于优势的地位，法官通过审前阅卷难免形成肯定或者倾向控诉观点的偏见。被告人及其辩护人由于既无力对抗检察官，又无法改变法官的预见，而处于非常被动的境地，难免招致实体问题上的不利；如果采取起诉书一本主义，则使法庭上控辩双方的平等地位和法官客观、公正的地位的确立成为可能。

可见，是否采取起诉书一本主义，对审判程序构造所产生的影响远比对起诉程序要大。不过，并不能据此把起诉书一本主义问题纳入审判程序构造之中。因为这一问题毕竟是起诉方式问题，应属于起诉程序构造的范畴。

(二)"先定后审"及对策

在刑诉实践中，在各个诉讼程序和各个诉讼阶段，都存在着一些习惯性的错误做法，而审判中的"先定后审"，则可以说是对整个刑诉影响最大的错误。因而，这一问题越来越引起诉讼法学界的关注。"先定后审"属于审判程序中的问题，但是，严格地说，其症结在起诉方式上，是起诉程序构造理论应当研究和解决的问题。

"先定后审"是先决定定罪量刑问题后进行审判的略语。广义的"先定后审"应当包括下列几种情况：第一，党的组织先定，法院后审。即各级地方党委或其所属政法委员会、纪律检查委员会以及"严打办"等党的组织，审查法院报送的刑事案件，就定罪量刑问题作出决定后，由法院依照决定进行审判；第二，上级法院先定，下级法院后审。即下级法院就重大或疑难案件向上级法院请示、汇报，或者上级法院通知下级法院汇报，或者上级法院负责人或工作组检查审判工作，据此就定罪量刑问题提出意见，下级法院按照意见开庭审判；第三，审判委员会先定，合议庭后审。即合议庭认为案件属重大或疑难之列，或虽知并非如此，但为"保险"起见，报送审判委员会，待讨论、决定了审判意见后，再开庭审理；第四，合议庭先定，之后再审　即合议庭通过阅卷和调查，经讨论已就定罪量刑问题达成统一认识，甚至干脆已经将判决书草拟好或打印好，再开庭审理；第五，审判人员先"心"定，后审判。即审判人员对案件虽然不上报，也不下判，但通过阅卷已就定罪量刑问题形成了确定的看法，故在庭审中，被告人及其辩护人难以改变审判人员的"先入为主"，最后的判决仍然是

庭审前不成文的"内心判决"。上述第一、二种做法在"严打"等非常时期较为普遍，而在正常时期，则由于其错误显著并不普遍。上述第三、四、五种做法，则是正常时期的普遍做法。毫不夸张地说，实践中多数刑事案件都是通过这三种"先定"之后，才进入审判的。

"先定后审"的弊端是显而易见的，而且是多方面多层次的。从表层来看，它使审判只审不判，要说判，也不过是照审前的"判"进行宣判而已；审之目的原为判，已有判之审是无目的之审，也就不是真正的审，故"先定后审"下的审判，严格地说，既非审又非判。实践中，法庭审理走过场，形同演戏的现象，恰好证明了这一点。从深层来看，第一，就诉讼构造而言，它使控诉方的证据成为判决的主要根据，使辩方难以利用法庭辩论这一对被告来说最重要的防御机会，使审判人员丧失其应有的客观、公正的立场。第二，就整个刑诉而言，它使审判前的侦查程序成为刑诉的"重心"("先定"的根据在此程序形成)，审判程序却成为无关紧要的程序；它使法外的审批、讨论成为处理案件的主要方式，难免主观片面，造成差错；它使审判人员的责任心和积极性严重降低，对案件的上级负责或集体负责，实际上是无人负责，等等。

学者们对"先定后审"基本持否定态度，而且对如何克服"先定后审"问题进行了多方探讨。有的主张应对"不接触病人却敢开药方"的审判委员会进行改进；有的主张实行"简便易行的改革——庭后阅卷"；① 有的则主张应当先审后判，"一些处刑较轻的刑事案件，合议庭可当庭宣判；一些处刑较重的案件，要经院长

① 徐友军等文"体制改革与中国刑诉法面临的十大问题"《诉讼法论丛》，(一九八六——一九八七年)，中国政法大学出版社。

审查同意或审判委员会讨论决定，再定期宣判”。[1] 笔者认为，第一，掌握着重大和疑难案件处理决定权的审判委员会，其诉讼活动及其效力，无论在诉讼理论上还是在司法实践中，都存在着种种问题，但如何对其进行改进以求与正式审判程序协调一致，从而防止“先定后审”，学者们尚未找到解决的办法。第二，法庭已经进行了证据调查、辩论，合议庭已在庭上就认定事实和适用法律问题形成了认识，为何还要在庭审后再去阅卷？判决到底应根据法庭审理形成的认定还是根据庭审后阅卷形成的认定？如以前者为根据，庭后阅卷的意义何在？如以后者为根据，法庭审理的意义何在？这种“先审后定”究竟对“先定后审”有多大改进？可见，这一改革虽然简便易行，但并不一定适宜。第三，刑诉法规定的审判委员会的职权是决定重大或疑难案件的处理，这本身就存在着种种问题。但为了克服“先定后审”却提出“处刑较重的案件”（中级法院管辖的案件都是处刑较重的案件），也要经审判委员会决定，甚至要经院长审查同意（无法律根据），虽然强调应该“先审后定”，但这种“先审”有何意义？这种“后定”是否合适？这种主张对“先定后审”的态度实质是什么？因此，可以说，对于克服“先定后审”，前两种主张尚难以见效，而后一种主张则似乎适得其反。

“先定后审”存在的根据，就是正式审判前的阅卷。党的组织和上级法院“先定”，通常是听取已阅卷的案件负责人汇报，或直接调卷、阅卷；审判委员会“先定”，也是听取已阅卷的审判人员汇报，或由庭长、院长直接阅卷；而合议庭的“先定”以及审判人员的“心定”，则当然都是阅卷后作出的结论。因此，没有阅卷，也就不能“先定”。

否定“先定后审”，强调正式审判程序，不是为了仅仅追求正

①张子培文“评‘先定后审’”，同上。

式法律程序，而是为了追求客观、公正、合法的审理和判决。只通过阅卷便作出对案件处理的决定，是做不到这一点的。因为通过阅卷认定案件的质量，无论如何也无法与通过正式审判活动认定案件的质量相比。第一，案卷中的材料常常是不齐备的。虽然案卷中通常都记载着案件的主要证据材料，但在审判过程中常常会发现有关案件重要事实和情况的证据材料并不充分。因而，仅仅根据案卷认定事实和适用法律，难免发生疏漏或偏差。第二，案卷中的有些材料常常是不确实的。案卷记载着许多未经审查判断的材料，其中有些材料虽然好象对认定案件事实有着重要的影响作用，但并不确实。只有通过法庭的证据调查和辩论，才能逐步暴露这些材料的不实之处，从而予以排除。在这方面，阅卷和讨论不见得能够起到这种作用。况且诸如审判委员会的那种讨论，通常都是一会多案，一件件地过筛子，难以对案件材料进行深人、细致地审查判断。第三，案卷中的材料通常是侧重控诉方面的。案卷中只有公安机关和检察机关收集的材料，没有辩护律师提出的材料，而侦查机关或侦查部门由其行使的控诉职能所决定，不可避免地侧重收集控诉材料。辩护材料的提出和论证，不通过审判程序，是不可能全面和充分的。因而，仅仅通过阅卷就定案，难免忽视对被告人权利的保护。

英、美、日等国家实行起诉书一本主义，旨在防止法官"先入为主"，在审判前形成预见。在学者们的眼里，这种预见的同义词就是偏见。通过以上对案卷的大体分析，可以看出这是有一定根据和道理的。在我国，审判前的问题不仅仅是预见的问题，而且是"先定"的问题。不过，二者都源于阅卷是没有异议的。因此，要在我国根除"先定后审"，最有效的措施就是防止审判人员或其他可能干预审判的人员在正式审判前阅卷，即借鉴起诉书一本主义。当然，进行这种变革，势必引起其他的一系列刑诉问题，需要进一步研究解决。同时，也存在国情和法律现状能否容

纳的问题。但是，作为理论探讨，首先认识起诉书一本主义在根除"先定后审"以及其他一系列刑诉问题上的诉讼价值，则是必要的。

（三）起诉书一本主义的诉讼价值

在我国，借鉴起诉书一本主义，其诉讼价值是多方面的。除了上面已经提到的，在根除"先定后审"，防止庭审走过场以及保障控辩双方诉讼地位平等和法官居于客观、公正立场等方面的诉讼价值外，还可以进一步概括出以下几点：

第一，确立未经法庭质证的材料不能作为定罪量刑根据的证据规则。

检察机关持有的侦查材料不得向法院移送，只能在开庭审理的法庭调查中以举证方式提出。这表明，作为法庭定罪量刑根据的证据，必须通过法庭质证。所谓质证，就是每一件物证、书证，都应当当庭让被告人辨认，听取他的答复，并经控辩双方询问和论证；每一个证人作完证后，都应当经控辩双方询问和论证；对未到庭的证人的证言笔录、鉴定人的鉴定结论、勘验笔录和其他作为证据的文书，应当当庭宣读，并听取控辩双方的意见。可见，作为定罪量刑根据的证据与侦查程序和起诉程序中的证据，在审查判断上是不同的。在侦查程序中，主要是公安机关进行证据的审查判断，并将认定的证据作为作出撤销案件决定、提出起诉或免予起诉意见书的根据。在起诉程序中，主要是检察机关进行证据的审查判断，并将认定的证据作为起诉、不起诉或免予起诉决定的根据。但是，在审判程序中，则必须由合议庭和公诉人、被告人及其辩护人以及其他诉讼参与人共同进行证据的审查判断，方式就是质证。庭审前的案卷中记载的证据，只是公安机关和检察机关认定的，不能直接作为审判程序定罪量刑的根据。起诉书一本主义对证据的这一限制，使审判程序能够真正成为对侦查和起诉程序所认定的证据进行重新审查的程序，而这对

于保证审判程序定罪量刑的质量，无疑是非常重要的。

第二、提高检察机关举证的质量。

法庭质证是对检察机关提出的证据所进行的检验，这无疑也是对检察机关的举证活动的考验。因而，检察机关要使控诉成立，就必须把好举证关，所提出的证据必须真实可靠，而且各种证据的合理组合，能够构成一个完整的体系；不得提出虚假的、真假难辨的、非法收集的或属于道听途说的材料以及与案件事实没有联系的或自相矛盾的材料，等等。这样，才能提高检察机关举证的质量。相反，如果不采取起诉书一本主义，把汇集着各种未经鉴别、整理的材料的案卷移送法院，并且由审判人员主持法庭的证据调查，提出认为应当调查的材料，则实际上使本应主要由公诉人承担的举证责任在相当程度上转移到了审判人员身上。显然，这不利于审判程序中控诉、裁判职能的分立、不利于公诉人严肃认真地行使控诉职能，不利于审判人员保持公正的立场，对证据材料进行客观评断。

第三，树立审判中心的思想

起诉书一本主义表明，对于公安和检察机关认定构成犯罪并需要追究被告人刑事责任的案件来说，侦查和起诉程序仅仅是预备程序，而审判程序则是正式程序；刑事诉讼的中心不是侦查程序，而是审判程序。这样认为是因为，实行起诉书一本主义，就必然使审判程序在刑诉中的地位得到加强和提高，成为最终审核侦查和起诉程序质量的程序。相反，如果不实行起诉书一本主义，则难免把侦查、起诉、审判三个程序看作同等重要的程序。甚至，由于审判主要以侦查卷宗为基础，因而可能把侦查程序看作更重要的程序。例如，通常把三大程序比作“三道工序”的说法，可以说就是基于侦审连锁式诉讼构造的认识。传统制造工厂一般可大体分为三种车间：铸造、精工（钳工、车工、铣工等）、装配。铸造车间浇铸出毛件，送到精工车间；精工车间加

工出部件，送到装配车间；装配车间组装出产品出厂。要使产品合格，这三道工序都是非常重要的，而从毛件不合格（不合规格或有沙眼等）便致使部件不合格这点来看，似乎铸造车间更为重要。把采取案卷移送的三大程序比作这样三道工序，是基本合适的。所谓"重要性"的结论也是相似的。但是，如果实行起诉书一本主义，这样比喻便不适宜了。如果要比喻，那么，侦查程序本身就包含着"三道工序"，应当"生产"出"产品"，并将"产品"——卷宗和"产品说明书"——意见书移送起诉部门；起诉程序是对"产品"进行初步检验的程序，检察机关虽然有权对"废品"作出不起诉的决定，对不应"出厂"的"产品"作出免予起诉的决定，但无权对应"出厂"的"产品"作出"出厂"——定罪量刑的决定；审判程序则是专门检验起诉部门认为应"出厂"的"产品"质量并决定是否"出厂"的程序。起诉部门只能提交一份"说明书"——起诉书，不得移送"产品"——案卷。因为"检验"——审理需要在有关人员的共同参与下，对"产品"的各个"部件"——证据进行逐个地审查，并对"废品"——不构成犯罪的案件宣告无罪，对应"出厂"的"产品"，确定"品种"——定罪，"分出等级"——量刑。可见，审判程序不是一个"生产程序"，审判机关不是"生产车间"，而是"产品检验部门"。因此，对于构成犯罪并需要追究被告人刑事责任的案件，无论公安机关还是检察机关，都无权作出最终的认定，只有法院才具备这种权力；不是审判程序受制于侦查程序，而是审判程序最终制约着侦查和起诉程序。一句话，刑事诉讼的中心是审判程序。

第四、贯彻直接、言词原则。

直接、言词原则是审判程序的重要原则。这一原则是资产阶级在大革命时期创立的，在一定程度上反映出刑事审判的规律。我国学者已经越来越重视这一原则，并积极倡导在我国刑事审判中加以贯彻。笔者认为，要真正贯彻直接、言词原则，仅仅强调

其重要性和研究具体的贯彻方法是不够的，还必须认识到，没有其他保障措施是不行的。检察机关将案卷和证据移送法院，是直接、言词原则难以在我国审判程序中贯彻的根本原因。正是因为审判人员在庭审前经阅卷已经形成了预见，所以才可能在庭审中机械地复述侦查和起诉程序中的一些书面材料，既不传唤证人、鉴定人出庭，也不对各种证据进行言词性的质证，公式般地完成法庭调查的几个步骤便宣告调查结束。而如果实行起诉书一本主义，审判人员在庭审前不能阅卷，那么在审判中就必然地要贯彻直接、言词原则，从而通过言词性的举证、质证，直接地接触案情，形成认定。因此，杜绝审判人员庭审前阅卷的起诉书一本主义，是根除变相的书面审理，贯彻直接、言词原则的最有效的保障措施。

(四) 起诉书一本主义与审判效率、审判质量

如上所述，起诉书一本主义有其不容否定的诉讼构造上的意义和其他诉讼价值。不过，也必须看到，它也有其副作用。通常人们认为的辩护律师在庭审前无法阅卷的所谓弊端，实际是不存在的。因为，只要切实实行检察人员证据展示制度，就能够妥善地解决这一问题。笔者认为，起诉书一本主义的副作用主要是势必降低审判的效率。

所谓效率，是指单位时间内完成的工作量。不实行起诉书一本主义、由检察机关移送案卷和证据，必然能够提高审判的效率。合议庭在庭审前阅卷有利于在庭审前进行必要的调查，便于制定审判计划；对审判中可能出现的问题已经做到胸中有数，并已设计了各种对策。这样，审判对合议庭来说，是有准备之“仗”。因而在法庭上，审判人员便可充分利用法律赋予的指挥权，按计划行事。对于自己认为已经清楚的证据和有关案件问题，便决定停止调查；对于自己认为与案件无关或属于枝节问题的争论，便不给予继续答辩的机会。于是，除个别情况外，法庭

审理一般都是按照审判人员的意愿进行并结束。司法实践中，一般案件审理半天便结束的通常情况，充分证明了高度的审判效率。但是，如果借鉴起诉书一本主义，则必然降低审判的效率。合议庭在庭审前无卷可阅，对案件的了解只通过一本起诉书，故庭审前的调查一般只能限于讯问被告人、询问证人等，同时，也无法制定周密的审判计划，对审理中可能出现的情况难以把握。因而在法庭上，审判人员的积极主动性受到限制，只能期待控辩双方的举证，聆听控辩双方的质证，逐步对案件事实形成系统的认识。由于控诉方的证据须一件件地提出，并一件件地进行质证，而且辩护方可能提出的反证或补充证据，也须进行质证，所以，审判过程难以象现在这样顺利、迅速　可以肯定，继续保持一般案件审理半天便结束的高度的审判效率，是不可能的。

保持一定的审判效率，是刑事诉讼所必须追求的。但是，比起对效率的追求，刑事诉讼还有着更高的追求，这就是对审判质量的追求。是否借鉴起诉书一本主义，从某种意义上说，取决于怎样理解审判质量和审判效率的关系以及如何进行优先选择。起诉书一本主义是控辩双方平等，裁方客观公平的的根本保障之一，并有利于确立严格的证据规则，提高检察机关举证的质量，树立审判中心的思想，贯彻直接、言词原则，这一切的实现，无疑会使审判质量得到保证。而不实行起诉书一本主义，则能够提高审判的效率。在质量和效率面前，正确的选择当然首先是质量。

但是，借鉴起诉书一本主义并不意味着放弃审判的效率。在确保审判质量的同时，设法提高审判效率并不是难以做到的。肯定审判人员的审判指挥权和调查证据权，就能够在一定程度上消除起诉书一本主义影响审判效率的副作用。在此问题上，日本的做法是值得借鉴的，而美国的做法则是不可取的。

（五）检察人员证据展示制度

借鉴起诉书一本主义，必须同时建立严格的证据展示制度。如果辩护律师在庭审前不能阅览公诉人所持有的案卷和证据，就难以进行询问被告人、证人等必要的调查和作好出庭辩护准备；在法庭上，在公诉人的一系列“突然袭击”面前，无法进行有效的防御，从而不可能切实充分地进行辩护。甚至可以说，被告人及其辩护人的处境，也许比不实行起诉书一本主义更糟糕。因此，作为起诉书一本主义的配套制度的证据展示制度非常重要，是防止起诉书一本主义在诉讼构造上发生相反作用的唯一途径。

笔者认为，证据展示制度应当包括以下主要内容：

第一，检察机关一经提起公诉，辩护律师便享有阅览全部案卷和证据，了解证人、鉴定人姓名、住址的权利。负责出庭支持公诉的公诉人必须以法律监督者（不是控诉方）的身份，履行自己的证据展示义务，向辩护律师提供案卷和证据，允许其抄录，并应辩护律师的要求，对有关问题作出解释、说明。

第二，公诉人如果不履行证据展示义务，辩护律师有权要求检察机关的审查部门或检察长强制其履行。同时，辩护律师在尚未阅卷便接到法院的出庭通知时，有权以公诉人尚未履行证据展示义务为由，请求合议庭暂缓开庭。如果合议庭不予接受，依然决定立即开庭，辩护律师则有权拒绝参加庭审。这种情况下的庭审，应被视为无效。

第三，公诉人如果在法庭调查或辩论中，提出未经辩护律师阅览的证据，辩护律师有权请求法庭暂停审理，以阅览和抄录该证据。法庭应满足辩护律师的这一要求，公诉人也应立即提供该证据。否则，辩护律师有权退出法庭审理。这种情况下的继续审理，也应被视为无效。

第四，第二审法院应把公诉人和一审法院违反证据展示制度的行为视为可能影响判决的、严重违反程序的行为，并以此为由

撤销原判，发回原审法院重新审判或者直接重新审判。

可见，只要建立检察人员证据展示制度并严格加以实施，就能够消除起诉书一本主义所可能存在的有碍辩护的一面。在此问题上，我们应该研究日本刑诉法、刑诉理论及其司法实践。

最后，应当指出，起诉书一本主义不过是刑诉的程序问题，并不涉及刑诉的本质问题。既然这一程序有其诉讼构造上的意义和其他方面的诉讼价值，能够带来刑诉多方面的有益的变革，那么，外国能用，我们为什么不能用？当然，借鉴这一制度，需要考虑国情和司法条件，但并不能肯定地说，我国目前的国情和司法现状是与起诉书一本主义完全相排斥的，况且，国情和司法也是处于发展之中的，并不是一成不变的。因此，一味地强调国情和司法现状，并据此否定起诉书一本主义，是因循守旧的不科学的态度。即使目前在我国借鉴起诉书一本主义也许有某些困难，但首先从理论上予以研究并肯定，为今后的司法变革制造理论根据，则无疑是我国刑诉理论的重要任务之一。试想一下，如果一味地强调国情，那么在十多年前，能够想象出中国目前的改革、开放程度吗？日本在起诉书一本主义上的历史性变革，是在美国占领军的强制下完成的。当时，总司令部内设的日美合作委员会在讨论起诉书一本主义时，日方的委员们虽然在理论上赞成起诉书一本主义，但却认为日本没有这种司法传统而难以实施。有的委员主张要防止审判官预断，不一定非要实行起诉书一本主义、制定有关训示规定并加强对审判官的教育，就足以达到目的。不过，在美国人看来，要防止审判官预断、在审判程序中贯彻当事人主义，除实行起诉书一本主义外别无他途，故明确规定了起诉书一本主义，后日本刑诉法第 256 条第 6 项据此作了规定。结果，在没有实行起诉书一本主义司法传统的日本，起诉书一本主义的具体化和检察官证据展示制度的规范化程度，却超过了具有这种司法传统的英国和美国。这一事实表明，能否实行起诉书一

本主义的决定性因素并不一定就是国情和司法条件。在思考我国借鉴起诉书一本主义的可行性问题时，是否有必要把日本当成一面镜子，作一番历史性、比较性的深思呢？

在体育比赛中，假如作为竞赛对手的两支队在比赛规则上明显地不平等，或者裁判员明显地偏向某一队，那么，受歧视的队会提出抗议，观众也会叫喊：这是什么比赛，简直是欺负人！

规则平等、裁判公正，这是人们对于体育竞赛的基本观念，这也早已成为习以为常的事情。

那么，对于刑事审判又应该树立怎样的基本观念呢？现今刑诉中习以为常的事情合理吗？

第八章　审判程序

审判程序是整个刑事诉讼的中心。这一程序将对起诉案件的所有材料重新进行全面、彻底、深入的验证，并从实体上裁决被告人的刑事责任问题。与侦查、起诉程序所不同的是，这一程序在程序问题上对案件材料的验证，是专门机关和有关诉讼参与人的共同验证；在实体问题上对被告人刑事责任的裁决，是对有罪与无罪、应否处刑和怎样处刑的裁决。这种程序上和实体上的特点决定了以解决被告人刑事责任问题为核心内容的刑事诉讼，应当将侦查和起诉程序作为前程序，而将审判程序作为主程序。树立审判中心的观念是实现刑诉目的，准确惩罚犯罪，切实保障人权所必须的。

审判程序的构造是指审判人员、公诉人、被告人及其辩护人在审判程序中的法律地位和相互关系。借鉴起诉书一本主义，必然给审判程序构造带来根本性的变革。在这里，我们将以起诉书一本主义为理论基础，着重阐述三个问题：一、控、辩、裁三方

的法律地位和相互关系；二、直接、言词原则；三、交叉询问规则。直接、言词原则是使控、辩、裁三方的法律地位和相互关系趋向合理的根本保证，而交叉询问规则是达到这种目的的具体的途径。

一、控、辩、裁三方的法律地位和相互关系

我国审判程序中审判人员、公诉人、被告人及辩护人，在诉讼职能上属于裁判者、控诉者、辩护者，而从实施职能的实际情况来看，则并非完全如此。这是因为，在我国的审判程序中，审判人员不是超越控、辩，居中裁判，而是过于热心地投身于形同追查的法庭调查之中。查证什么，怎样查证，均由其一手决定，并亲自实施，从而使裁判活动不可避免地带着追诉的成份，因而实际上或多或少地也行使着控诉职能；公诉人由于审判人员对其控诉职能的行使所给予的强有力的协助，战与审判人员达成一种"默契"，自觉不自觉地在一定程度上把本应自己独立行使的职能委于审判人员，而使自己的控诉成为一种补充性、加强性的控诉，常常起到维护审判人员的"追查"的作用，致使控诉与裁判融为一体，似分非分；被告人及其辩护人由于审判人员对法庭调查的控制和控审的结合，辩护的机会和辩护的力量均十分有限，而且即使辩得有理有据，也难以有其实效，从而使辩护成为一种缺乏力度的"请求"。因此，审判程序构造中的三方到底应当具有何种法律地位和相互关系，是需要认真探究一番的。

（一）审判人员的法律地位及其与控辩双方的相互关系

对于审判人员来说，可以认为其最高的诉讼价值基准应当是客观、公正。所谓客观，即要求审判人员不先入为主，不主观臆断，不偏信控辩任何一方，而应认真听取控辩双方对其所举证据材料的调查，冷静判断每一证据材料成立与否和证明价值，从而对案件事实、情节作出认定和评价。所谓公正，则要求审判人员

一方面在程序上应当不偏不倚地调整控辩双方在庭审过程中的关系，使之始终保持一种有利于全面调查案情的均衡；另一方面在实体上根据经查证而认定的案件事实和情节，依法作出公平的判决。

在我国刑事审判中，要正确理解审判人员的法律地位及其与控辩双方的相互关系，实现审判的客观、公正，则有必要对以下问题深入地进行探讨。

1、审判人员的调查和证明责任

如何认识审判人员的调查和证明责任，将直接关系到如何理解审判人员的法律地位及其与控辩双方的相互关系。要正确认识这一问题，必须基于控诉与裁判分离的诉讼原理。

在法国大革命中，中世纪纠问式诉讼构造中的控审合一被彻底废除，代之而奉行的控审分离，直到现代仍然为各国所遵行。控审分离是现代刑诉的基本原理，可以说，没有控审分离，现代刑事审判程序中的各项原则、制度和规则都将化为乌有，被告人必将成为审判的客体，何谈审判的客观、公正。我国刑诉法是实行控审分离的。不过，如上所述，这种分离是不彻底的，其弊端就在于使审判人员偏离客观、公正的立场，而向控诉方靠拢，使辩方地位恶化，使审判程序仅仅追求惩罚犯罪而忽视保障人权。从理论上来说，造成这种状况的主要原因是没有正确理解审判人员的调查和证明责任。刑事案件的证明责任由公、检、法三机关共同承担，这是我国学者基本一致的看法。这表明，审判人员在审判程序中也承担着证明责任，具有证明被告人是否有罪的义务：笔者并不反对这一论点，否则就无法肯定和理解审判人员在庭内外的主动调查。但是，认为仅仅笼统地下这样的结论是不够的。必须看到，审判人员的调查和证明责任，有其不同于侦查人员、检察人员的侦查和证明责任的性质和范围。

审判人员的调查分为庭外的调查和法庭上的调查。这种调查

在性质和范围上都有别于侦查、检察人员的侦查。第一，这种调查的性质是审判人员基于审判权所进行的诉讼活动，是基于刑事裁判职能的需要所进行的不带任何诉讼倾向的调查，其目的在于对侦查、检察人员和被告人及其辩护人或其他诉讼参与人所提出的证据材料进行核实和判断。因而这种调查的性质与侦查、检察人员旨在揭露犯罪，证明犯罪的侦查和调查是有所不同的。审判人员不能使其调查偏离其裁判职能，而去变相地行使控诉职能。第二，这种调查是在起诉的基础上进行的，必须紧密围绕侦查、检察人员和被告人及其辩护人或者其他诉讼参与人所提出的证据材料展开。因而，这种调查的范围与侦查、检察人员所进行的、只要是与犯罪案件有关的情况均予以追查的侦查是不同的。审判人员应遵循不告不理的原则，在案件还没有起诉时，不能介入侦查和起诉程序中进行调查，尤其是不能对没有起诉的人或事实进行主动调查。另起炉灶，超越起诉的范围，进行代替侦查的调查，无疑是违反刑诉基本原理的。审判人员调查的这种性质和范围，不是由审判人员的调查条件和能力所决定的，而是由审判人员行使的裁判职能所决定的。由于这种调查的有限性，所以通过调查仍不能查明案情也是正常的，而审判人员不能查明案情并不使其招致相应的法律后果，他有着法定的出路，那就是退回检察机关补充侦查。

审判人员证明责任的性质和范围是与其所进行的调查的性质和范围相一致的。也就是说，审判人员的证明责任的性质就是核实和判断控辩双方及其他诉讼参与人向法庭提出的证据材料，而不是揭露犯罪、证明犯罪；其范围是已提出的证据材料，而不能另搞一套。这种证明责任的性质和范围意味着审判人员不承担伴随着侦查和检察人员证明责任的那种法律后果。

2、审判人员诉讼活动的主要方面

以上所述审判人员的调查和证明责任的性质和范围，决定了

审判人员诉讼活动的主要方面，不应当是主动地进行调查，而应当是冷静地听取控辩双方的证据调查和辩论。总之，法庭调查时审判人员应当以冷静听取为主，以主动调查为辅。

要使审判人员在法庭审理中真正倾心于听取，必须具备两个基本条件。第一，法庭调查应主要由控辩双方进行。实行起诉书一本主义，就意味着审判人员庭审前，开庭之初不能系统地了解证据和案情，他对案件事实的认识是在法庭调查过程中逐步形成的，因而不应当，同时也难以以自己为中心进行大量的主动调查。审判人员要使自己保持客观、公正的立场，从而准确地审查证据，全面地了解案情，就应当把法庭调查委于控辩双方。只有使控辩双方充分地进行证据调查，审判人员才能全面地听取。第二，审判人员不应过多地干涉控辩双方的证据调查。要充分地听取，须保持冷静，而要保持冷静，则须具有耐心。过多地进行干涉，势必影响甚至阻碍控辩双方的证据调查，从而也使审判人员难以充分地听取。

审判人员的听取必须是“兼听”，即同时听取控辩双方的证据调查和辩论，而不能偏听某一方而的一面之辞。“兼听”是审判人员全面、准确地审查证据，认识案情，评价事实的主要途径，是进行客观、公正的审判的基础。“兼听则明，偏听则暗”的古训，反映着人类在诉讼活动中，审判者审理案件的必然规律，而绝不仅仅是个审判经验问题。我国审判实践中所存在的审判人员重审问、轻听取，重听控、轻听辩的现象，不能不说是违背这一规律的。

3、审判人员的指挥权

应当肯定审判人员在庭审中的指挥权，这是毫无疑问的。从古到今，无论在哪一种诉讼构造中，审判者都具有一定的指挥权。在此问题上，职权主义与当事人主义仅仅在程度上有所不同。

审判人员运用指挥权，是手段而非目的。笔者认为，指挥权的运用应当达到这样的目的。第一，为了达到充分听取控辩的目的，应当通过行使指挥权，积极地引导控辩双方按一定顺序，对每一个证据材料进行调查，对每一个重要的事实和法律问题进行辩论。当某个证据的调查或某个问题的辩论尚不充分时，应巧妙地引导控辩双方重新回到这个证据的调查和这个问题的辩论上；当控辩双方或某一方面陷入了枝节问题或与案件无关问题的调查和辩论之中时，应及时地将调查和辩论引导到按顺序进行的正常轨道上。在这种情况下，审判人员不宜简单地评价控辩双方或某一方的调查和辩论，并加以制止，而应平和地进行引导。否则，如果引起情绪上的不满或对立，将不利于调查和辩论的顺利进行。第二，为了达到全面"兼听"控辩的目的，审判人员应当通过行使指挥权，赋予控辩双方同等的调查和辩论的机会，使控诉和辩护保持一种均衡的态势。当调查或辩论的重心自然而然地向控辩某一方倾斜时，应及时调整控辩关系，消除这种倾斜，使之达到平衡；当控辩某一方力图使其在调查或辩论中取得优势地位时，应加以适当限制，并同时促使另一方积极主动地行使其权利。客观、公正的审判来自于审判人员的"兼听"，"兼听"的前提条件是控辩平等，控辩平等则取决于审判人员指挥权的正确运用。第三，为了保护法庭审理的顺利进行，审判人员应当通过行使审判权，制止违反法庭秩序的行为。刑诉法第115条和119条规定了审判长的制止权，其对象是当事人和辩护人（对证人、鉴定人发问的内容与案件无关）和诉讼参与人（违反法庭秩序），不包括公诉人，刑诉理论与此一致。那么，是否能够认为公诉人既是控诉方，又是法律监督者，所以即使其诉讼行为违反了法庭秩序，审判长也无权加以制止呢？显然不能。公诉人的违反法庭秩序的行为当然应被制止。审判人员在公诉人与辩护人互相讽刺、挖苦时，不应只制止辩护人，而应同时警告，制止双方；在

公诉人盛气凌人，训斥被告人及其辩护人时，或者擅自打断辩护人的问证或答辩时，审判长应毫不迟疑地加以制止。

（二）控辩双方的法律地位和相互关系

在我国的刑诉教材和论著中，主张公诉人与辩护人在法庭审理中居于平等地位，是大家一致的观点。在诉讼理论上，树立这种控辩双方平等的观念是首要的。然而，要真正实现这种平等，除了必须明确审判人员的诉讼地位及其与控辩双方的相互关系外，还需在诉讼构造上，赋予控辩双方平等的诉讼权利和设立有关的诉讼规则。

第一，对于证据调查的范围、顺序和方法，控辩双方享有平等的请求权。证据调查的范围、顺序和方法的决定权属审判人员。不过，审判人员作出这种决定的根据，应当是控辩双方的请求。控辩双方的这种请求和审判人员的决定，应当成为正式审理开始后的第一项规则。这是实行起诉书一本主义的必然结论。而实行这一规则的主要目的，就在于使控辩双方积极主动地调查证据，防止审判人员通过对证据调查的垄断而把证据调查变成审问，从而使控辩双方在证据调查中的平等成为可能。控诉方应当根据起诉书和所持有的证据，就哪些证据需要调查，调查各个证据的先后顺序以及各个证据的调查方法等问题，向审判人员提出请求。辩护方应当根据通过阅卷了解到的控方的证据情况和通过调查所收取的证据，就上述问题向审判人员提出已方的请求。控辩双方的这种请求权必须是平等的，任何一方都不能优于另一方。否则，随后展开的证据调查必然有利于其中一方。因此，控辩双方关于证据调查的平等的请求权，是保证控辩双方享有平等的诉讼地位，使证据调查客观、公正地进行的前提条件。

第二，控辩双方具有平等的举证权利。公诉人作为控诉方，在庭审中负有主要的证明责任。起诉书一本主义，要求公诉人在庭审中，一一举出所持有的证据，而不应当将这一责任推给审判

人员。如果公诉人所举证据不确实或不充分，就可以被迫撤回起诉或请求法庭中止审理而进行补充侦查，或者被法庭要求补充侦查或撤回起诉，乃至法庭继续审理，通过判决宣告被告人无罪。被告人及其辩护人不具有证明责任，但有权提出辩护证据。公诉人也会在法庭上提出有利被告的证据，但公诉人所行使的诉讼职能决定其往往不能全面地提出辩护证据。大凡成功的辩护，不是来自于辩护人依据公诉人提出的证据阐发出有力的辩护观点，而是辩护人提出了被忽视的证据或发现了新的证据。因而，可以说强有力的辩护是由辩护人提出的强有力的证据所构成的。在司法实践中，由于辩护人出庭前的准备时间很短，庭外调查证据的条件和能力都非常有限，加之审判人员通过阅卷已形成预断以及在庭审中牢牢掌握着主动权，故辩护人常常难以提出新的证据，即使提出了个别证据，也往往不被充分重视 这是导致控辩双方诉讼地位不平等的重要原因之一。要改变这种状况，除了应当使辩护人提前介入诉讼以收集证据外，明确辩护人享有与公诉人平等的举证权利，确认控辩双方举证活动具有同等的诉讼效力（都必然引起法庭的证据调查）是非常重要的。

第三，控辩双方具有同等的问证和辩论机会。公诉人和辩护人对于己方和对方提出的证据，有权进行问证调查，而且，这种询问应当按照交叉询问规则进行，使控辩双方在询问的秩序和次数上保持均衡。控辩双方的平等问证是充分调查证据，展现案件事实与情节，使审判人员"兼听则明"，公正下判的根本保证。尤其对辩护人来说，只有获得与公诉人同等的问证机会，有力而有效的辩护才能成为可能。因而，除了控辩双方的问证陷入枝节问题或与案件无关的问题之外，审判人员不应限制乃至剥夺控辩双方任何一方的问证机会。在法庭辩论阶段，公诉人和辩护人在辩论的秩序和次数上也应保持均衡。控辩双方有权就案件的事实、情节、定罪、量刑以及适用法律问题展开充分的辩论。特别是辩

护人，只要公诉人阐发一次公诉观点，就有权答辩一次。既然法庭辩论以公诉首次发言开始，那么就应当以辩护人的最后发言结束。总之，可以认为，控辩双方平等地问证和辩论是法庭审理的主要内容，也是审判程序构造的主要方面。

第四，公诉人的审判监督不应导致控辩双方的不平等。公诉人作为国家法律监督机关的派出人员，在审判程序中除了以控诉方的身份行使控诉职能外，还将以法律监督者的身份，对审判活动是否合法进行监督。公诉人所进行的审判监督包括很多方面的内容，其中也包括对于被告人及辩护人的诉讼行为是否合法实行监督。公诉人的双重身份和其所进行的双重诉讼活动，必然引发公诉人应如何实施审判监督以确保控辩双方诉讼地位平等的问题。在司法实践中，公诉人以"法律监督"为名，行凌驾辩护人之实的现象，并不少见。审判程序中控辩双方事实上的不平等，是多种因素造成的，可以说这也是其中的因素之一。本来，在主体之间，如果一方拥有监督另一方的权利，被监督方则具有接受监督的义务。那么，要使双方保持一种平等关系，当然不是易事。但是，在审判程序中，控辩平等和审判监督是须同时坚持，不容偏废的。因此，公诉人的审判监督职责是不应怀疑的，但进行审判监督不应损害控辩双方的平等关系。否则，审判监督难免会发生消极作用。而要兼顾控辩平等和审判监督，则需通过公诉人、审判人员和辩护人的共同作为。首先，公诉人应正确地实施审判监督。特别是在对被告人及其辩护人进行监督时，应撇开控诉者的身份，以法律监督者的身份实施。对被告人及其辩护人的监督，着眼点应主要是被告人及其辩护人的诉讼行为在程序规则上是否合法。在有关案件的事实、情节的证据调查和辩论上，公诉人无权对被告人及其辩护人的认识和观点进行监督，而只能以控诉者的身份，通过问证和辩论表明自己的认识和阐发自己的观点。如果公诉人为了在证据调查和辩论中居于优势地位而滥用监

督权，对被告人及其辩护人进行“监督”，那么，这种“监督”当然应是无效的。其次，审判人员应发挥制约作用。虽然，审判人员对于公诉人所实施的审判监督不能进行制约，但是，在公诉人滥用监督权，损害了控辩双方的平等关系时，审判人员应有权对其进行制约，即通过审判指挥权，保护被告人及其辩护人的诉讼权利，维护控辩双方的平等关系。再者，辩护人作为平等的控辩双方的一方，对公诉人也应有一定的制衡。即，在公诉人滥用监督权，力图借助监督者的身份行使控诉职能时，应请求审判人员保护其诉讼权利。

总之，通过赋予控辩双方平等的诉讼权利和设立有关的诉讼规则，以确保控辩双方的平等关系，是审判程序构造的核心问题。以下将阐述的直接、言词原则和交叉询问规则，也是围绕这一核心的。

二、直接、言词原则

(一) 直接、言词原则的含义

直接、言词原则是法官审理的原则，本为两项原则，即直接原则和言词原则。直接原则又分为直接审理原则和直接采证原则。

直接审理原则又称在场原则，其含义是，案件的审理，除法官主持，检察官、被告人及其辩护人参与外，被害人、证人、鉴定人应当在场。除法律有特别规定者外，如上述人员在审理时不在场，就不得进行法庭审理，否则，审理活动便属无效。直接采证原则指刑事诉讼程序中证据的调查和认定，应以直接方式进行，只有直接调查并经衡量评价后而采取的证据，才能作为判决的依据。这一原则对法官有两项基本要求。第一，审理法院对于证据的调查和认定，必须亲自进行，不得委于其他法院或其他法官进行。换句话说，法官在查证中，必须亲自与被告人、被害

人、证人、鉴定人接触，不得仅就文书卷宗的记载资料，从事间接的采证工作。第二，法官必须在法庭上亲自听取被告人和被害人的陈述、证人和鉴定人的作证、以及检察官与辩护人的问证调查和辩论，通过此种直接采证方式所认定的证据，方可作为判决的依据。在审理中未经法官本人直接查证的证据，如行政机关的调查报告书，属未经法官直接调查所得的证据资料，故不得作为认定犯罪事实的证据；又如传闻证据，也不能采证作为判决的依据。对于证人、鉴定人的询问，原则上不得以宣读书面笔录代替，当然，如果证人或鉴定人因为有不可避免之原因，如死亡、病重等，而未能出庭亲自接受查证，则可例外地宣读书面笔录，进行间接的证据调查。

言词原则，指法庭审理原则上采取言词陈述的方式进行。被告人、被害人进行口头陈述，证人、鉴定人进行口头作证，检察官、辩护人进行口头问证和辩论，法官进行口头宣判。这一原则表明，除法律有特别规定者外，凡是未经当庭以言词方式调查的证据资料，视同未曾发生或不存在，不可作为判决的依据。

直接原则和言词原则体现在初审法院对事实的审理上。许多国家的上诉审，不审理事实，往往仅就法律问题进行复审。因此不传唤、询问被告人、被害人、证人和鉴定人，法官主要通过阅卷，审查上诉状以及根据检察官和被告律师书面或口头辩论进行裁判。这就是间接审理和书面审理。

直接原则和言词原则互相贯通，互相配合。直接原则是言词原则的基础，言词原则是直接原则的补充。因此，本文将其合为一项原则。

（二）直接、言词原则的诉讼价值

这一原则的诉讼价值是多方面的，主要体现在以下几个方面：

第一，保障控辩双方诉讼地位的平等。被告、被害人的当庭

陈述，证人、鉴定人的当庭作证，经控辩双方质证和法官的认定，才能成为诉讼意义上的证据，作为判决的依据。这表明，尽管公诉人或经侦查机关侦查，或经自行侦查，在开庭审理前已掌握大量的证据材料，但是并不能据此在一开庭便居于优势地位，因为一切证据材料都须经辩护人的问证和审判人员的认定。同时，这一原则也要求辩护方当庭提出己方的证据，从而使控辩双方在法庭立证上达到一定的平等。特别是控辩双方机会均等的问证，充分反映出双方诉讼地位的平等。相反，如果采取间接、书面审理的方式，控诉方的证据材料优先为审判人员审查，往往成为审判人员产生倾向控诉的预断和偏见的根据，而辩护方则没有机会立证和问证，即使辩论也难以改变审判人员的"先入为主"，这必然导致控辩双方的不平等。

第二，有利被告人及其辩护人的辩护活动。被告人及其辩护人在法庭上的辩护活动主要是立证、问证的辩论，进行这些活动的前提条件就是一切证据材料当庭以直接、言词方式进行调查。直接、言词原则为辩护活动的展开提供了条件，创造了机会，使被告人及其辩护人能够通过立证，提出证明被告人无罪、罪轻的证据材料；通过问证，阐明辩护证据的真实性和合理性，揭示控诉证据的矛盾；通过辩论，阐发请求法庭宣告被告人无罪或减轻、免除其刑事责任的辩护观点和理由。可以说，没有直接、言词原则，也就没有切实、充分和有效的辩护。

第三，促使审判人员直接听证，准确认定案件事实和情节。被告人、被害人的口头陈述，证人、鉴定人的口头作证，公诉人与辩护人的口头问证和辩论，使审判人员置身于案件的环境中，直接了解各种证据的来源，获得案件事实的第一手材料，从而能够客观、全面地判断证据，评价控辩双方的观点。再者，直接、言词审理方式，使审判人员能够及时直接地发现案件事实和情节上的疑问，或引导控辩双方问证、辩论，或亲自进行询问，能

够有效地避免审判人员忽视疑问和防止产生误解。因此，这一审理方式是审判人员查明案件事实真相的最佳方式，是间接、书面审理方式无法比拟的。

(三) 直接、言词原则在我国审判程序中的贯彻

我国刑诉法没有具体规定直接、言词原则，但对此原则是予以肯定的。关于通知证人、鉴定人出庭的规定，关于证人证言必须在法庭上经公诉人、被害人和被告人、辩护人双方询问、质证的规定，关于当事人和辩护人可以请求审判长许可直接向证人、鉴定人发问的规定，关于当事人和辩护人有权申请通知新的证人到庭作证的规定等，都证明了这一点。同时，刑诉法对证人、鉴定人不出庭的情形也是肯定的。关于宣读未到庭的证人的证言笔录和鉴定人的鉴定结论的规定，就是例证。应当认为，刑诉法在此问题上所采取的原则性和灵活性相结合做法，是符合刑诉规律和客观现实的。

不过，虽然近年来学界对直接、言词原则有所强调，但是，在审判实践中，很多法院依然尚未把直接、言词审理方式作为一项审判原则来加以贯彻。在大案、要案的审理中，被告人、证人鉴定人的出庭率较高，而在一般案件的审理中，除应出庭的被害人一般尚能出庭陈述外，该出庭的证人、鉴定人不出庭是普遍的现象。有些涉及数个证人证言的案件，竟无一个证人出庭。审判人员审查证人证言和鉴定结论的方式，通常是宣读卷内的笔录，而且，多数宣读都是节录式的宣读，有时甚至连这种宣读也嫌麻烦，只稍带说明一下笔录在卷宗中的页数便了事。这样做所导致的后果，就是法庭审理走过场。控辩双方难以充分地问证，被告人及其辩护人难以切实辩护，势必影响办案质量。

如前章所述，导致法庭审理走过场的根本原因就是起诉程序所采取的侦审连锁式诉讼构造。即审判人员经庭审前阅卷，已对案件事实、情节和法律适用问题形成预见，以各种方式"先定"，

而后履行审判手续即“后审”。因此，要改变这种状况，唯一有效的措施就是在审判程序之前的起诉程序中“釜底抽薪”——实行起诉书一本主义。

起诉书一本主义是贯彻直接、言词原则的前提条件，而要切实贯彻这项原则，还需采取有关具体保障措施：第一，确立一切证据材料必须当庭查证的证据规则。能够出庭作证的被害人、证人、鉴定人必须出庭作证。在这种情况下，被害人陈述、证人证言、鉴定结论，必须以言词表述为其存在的根据，而在审判前所形成的笔录，只能作为审查这些证据材料的参考资料。也就是说，笔录作为参考资料不能直接成为法庭证据调查的审查对象。如果该出庭的被害人、证人、鉴定人不出庭，那么，庭审前根据他们的作证所作的笔录，则应被视为没有证据价值，笔录中所述事项应被推定为没有发生。被害人、证人、鉴定人因死亡、精神或身体的障碍，去向不明，居住遥远，现在国外以及其他合理原因，不能出庭的，法庭可将审前形成的笔录作为证据调查的审查对象，在通过控辩双方的当庭调查和辩论，排除一切可能存在的疑问后，审判人员方可认定具有证据价值，作为判决的依据。第二，建立被害人、证人、鉴定人出庭作证的制度。关于被害人出庭问题。1982 年最高人民法院和最高人民检察院发出的《关于审理强奸案件应慎重处理被害人出庭问题的通知》指出，人民法院审理强奸妇女和奸淫幼女案件时，对于被害人依照刑诉法规定，愿意出庭向被告人发问、陈述作证和发言辩论的，可以通知其到庭；对于被害人不愿意出庭的，可不通知其到庭。根据该通知，可以认为，除强奸妇女和奸淫幼女案件的被害人可根据自己的意愿决定是否出庭外，其他案件的被害人如不存在其他合理原因而能够出庭的，都应当出庭作证。法院应在通知其出庭的同时，做好思想工作。如果被害人拒不到庭作证，他以前所作的陈述，不能作为证据使用。关于鉴定人出庭问题。除有的鉴定人属

国家权威鉴定机构的工作人员，通知他出庭往往不现实，以及鉴定人存在不能出庭的合理原因，可以不出庭作证外，能够出庭的均应出庭作证。否则，辩护人有权申请更换鉴定人，重新鉴定。关于证人出庭作证问题。刑诉法第37条规定："凡是知道案件情况的人，都有作证的义务。"第34条规定："凡是伪造证据、隐匿证据或毁灭证据的，无论属于何方，必须受法律追究。"第36条规定："法庭查明证人有意作伪证或隐匿罪证时，应当依法处理。"据此，对于应当出庭而拒不出庭的证人，可以根据情况，采取拘传的方法强制他到庭；如果证人虽然到庭但拒不作证，可在否定他以前的证言的证据价值的同时，对他进行罚款处理；如果证人不如实作证，甚至作伪证，就应依照刑法，以伪证罪论处。从世界范围来看，很多国家法律都规定证人拒不出庭或不作证时，法院可以对他采取强制或处罚措施。既然我国刑诉法明确规定，知道案情的公民作证是法定义务，那么在公民不履行义务时，法院就有权代表国家强制其履行义务，并给予一定的处罚。当然，为了保护公民的合法权益，在执行拘传和进行罚款时，应有严格的法律手续，必须慎重行事。另外，为了保证证人出庭作证和保护证人的合法权益，应建立证人出庭作证的补偿制度，由国家财政开支，补偿证人因作证而支出的费用和造成的经济损失。

三、交叉询问规则

交叉询问规则是法庭证据调查的规则之一。其含义是检察官和辩护人按照立证的一方先进行主询问，随后由另一方进行反询问的顺序，轮流对证人、鉴定人进行询问。交叉询问是英美式的当事人主义法庭调查的主要方式；欧州大陆式的职权主义法庭调查则实行职权询问，即以法官为主，以当事人为辅进行询问；日本战后新刑事诉讼法确立了审判长指挥下的交叉询问方式。

交叉询问规则虽然是一个询问方式问题，但其在诉讼上的意

义则绝不仅仅停留在诉讼技术上。仅根据是否采取交叉询问规则，便可判明一种审判程序的构造是属于当事人主义，还是属于职权主义。采取交叉询问规则，表明在审判程序中，证据调查主要由检察官和辩护人进行，控辩双方居于主导地位。不采取这一规则，则表明证据调查主要由法官进行，法官居于主导地位，控辩双方居于从属地位。另外，是否采取交叉询问规则，还反映出一种审判程序的构造贯彻直接、言词原则的程度。采取这一规则，证人和鉴定人就必须都出庭直接作证，否则就无法进行交叉询问。再者，控辩双方的询问不仅是言词式的，而且是交叉反复式的，因而使法庭审理比较彻底地贯彻了直接、言词原则。相反，如果不采取这一规则，而以法官的询问为主，那么当法官认为没有必要传唤所有证人和鉴定人，没有必要反复询问时便可自作主张，或不询问，或进行有限的询问，这样必然导致法庭审理不能全面贯彻直接、言词原则。

究竟应当如何评价交叉询问的诉讼意义呢？笔者认为，法庭调查的目的在于客观、全面地揭示案件的事实真相，而询问则是达到这一目的的手段，因而衡量控辩双方交叉询问和以法官为主的询问的标准，应当是这两种询问方式对达到法庭调查的目的所起的作用如何。实行交叉询问旨在通过控辩双方反复的、对立性的询问，揭示出证人证言和鉴定结论的不实之处、矛盾之处或疑问，这对于查明案件的真相无疑是非常重要的。其不足之处在于由于这一规则为控辩双方提供了广泛询问的机会，因而控辩双方或一方有可能借此机会对案件的枝节问题或与案件无关的问题进行纠缠式的询问。以法官为主的询问，能够使法官掌握证据调查的范围、重点和进程，提高法庭调查的效率。其弊端在于，以法官单一的询问为主，势必使证据材料的不实之处、矛盾之处或疑问被忽视，而法官又可能基于自己调查所形成的预见，不愿耐心听取控辩双方的询问，这对于查明案情显然是极为不利的。通过

比较，可以清楚地看出，交叉询问的方式比起以法官为主的询问方式更便于查明案件的事实真相。交叉询问存在的不足是能够克服的，日本所采取的审判长指挥下的交叉询问方式，就是例证。

我国的法庭调查不采取交叉询问的规则。对证人、鉴定人的询问的顺序，是先由审判人员询问，后由公诉人询问，被告人及其辩护人可以申请审判长对证人、鉴定人发问，或者请求审判长许可直接发问。而且，没有主询问和反询问之分。控辩双方是否能够进行对立性的轮流询问，得由审判长决定。如上所述，交叉询问规则有其不容否定的诉讼价值。因此，笔者认为，作为完善我国审判程序构造的一个重要内容，应借鉴日本的做法，在法庭调查中实行审判长指挥下的交叉询问方式。

交叉询问的具体步骤是，首先由公诉人向审判长申请询问己方证人和鉴定人。在审判长同意后，由公诉人开始主询问；在公诉人主询问结束之后，辩护人开始反询问。在反询问之前，辩护人虽应请示审判长，但审判长不得以任何理由剥夺辩护人的反询问权，否则就不可能构成交叉询问。在辩护人反询问之后，公诉人可以进行再主询问。这之后，辩护人也可以进行再反询问。在对公诉人方的证人和鉴定人进行交叉询问之后，开始对辩护人方的证人和鉴定人进行交叉询问，其步骤与上相同。只是主询问者是辩护人，反询问者是公诉人。

审判长对控辩双方的交叉询问的指挥，主要应在两个方面。一是在控辩双方或一方陷人案件枝节问题或与案件无关的问题的询问中时，应及时引导，使询问紧密围绕对定罪量刑有决定和影响作用的事实和情节进行；在控辩双方或一方进行违法或不当询问时，应果断加以制止，保障询问正常进行．二是通过行使指挥权，调整控辩关系，使之在交叉询问中始终保持均衡．具体说，就是如果控辩一方违反规则，擅自询问，或打断对方的正常询问，审判长应予以制止并警告。另外，审判长应维护控辩双方询

问机会的均等，在认为所问事项已经清楚，没有必要继续询问而决定结束询问时，应注意公诉人作主询问的交叉询问，应在辩护人询问后才能决定结束；而辩护人作主询问的交叉询问，则应在公诉人询问后才能决定结束。

综上所述，明确控、辩、裁三方的法律地位和相互关系，贯彻直接、言词原则，采取交叉询问规则，是完善我国审判程序构造的基本途径和措施。应当承认，这些主张在一定程度上属于展望性的。这是因为笔者相信，尽管我国审判程序构造的发展有其不可逾越的时空局限，但发展方向必将顺应人类刑诉发展的普遍规律。

毒树应当砍倒，但毒树上的毒果却应当吃掉——这可说是我国对待违法收集证据的行为和违法收集的证据的态度。

美国人几经顾虑，才下决心将毒树与毒果一起埋葬。中国人顾虑更多，看来还得继续吞咽毒果。

然而，文明的法制机体是不能容忍毒果毒害的，而我国正逐步走向文明。

第九章　证据法则

侦查、起诉和审判程序，均能称为程序构造，而证据法则却不能称为“证据法则构造”。证据法则的构造问题，是体现在证据法则中的控、辩、裁三方的法律地位和相互关系。具体说，不同的证据法则，反映着不同的控、辩、裁三方的法律地位和相互关系；而不同的刑诉构造观，则决定着在证据法则上的取舍。

在证据法则中，对控、辩、裁三方的法律地位和相互关系影响最大的，莫过于自白排除法则和违法证据排除法则，故这里将在考察这两个法则的历史发展和评价其利弊得失的基础上，探索在我国进行移植的问题。

一、自白排除法则

美国的许多原则、制度、法则都源于英国，自白排除法则也不例外。英国历史上的“考门罗原则”，就是指把基于不当的自白或不自由的自白，从证据中排除出去。美国以其最高的法律形式继受了英国的“考门罗原则”。1791 年联邦宪法修正案第 5 条规

定:“任何人……在刑事案件中，都不得被迫成为不利于己的证人”。这项以“不得强迫自证有罪”为基本内容的宪法原则，是宪法赋予公民的一项基本权利。其基本精神就是，政府对于公民罪行的控告，负有提供罪证的责任，即举证责任；而有关犯罪的证据的收集，必须严格遵守宪法的有关规定，不得使公民在被迫的状态下提供不利于己的证据。显然，被告人的这一权利，派生于无罪推定原则。联邦宪法规定这一权利的最初目的在于排除虚伪的自白，以防止刑事诉讼发生冤错，侵犯公民的权利。因而，被告人的自白能否作为证据，其标准就是这种自白是否具有“任意性”（或称自愿性、voluntary）。被告人自愿供述不利于己的事实，此项供述可作为证据运用；被告人被迫自证其罪，则应将其自证有罪的证据予以排除，不得运用。然而，必须注意到，美国现今自白排除法则并非停留在上述内容之上。宪法修正案颁行一百五十余年之后的本世纪四十年代，自白排除法则发生了剧变：自白证据容许性的根据，已经不仅仅是“供述的任意性”，而且也是“程序的合法性”；自白的排除根据，也随之由“自白的非任意性”发展为“程序的违法性”；自白排除法则的主要目的，已经不只是为了防止自白的虚伪性，而且是为了纠正并预防警察对公民权利的侵害和威胁。详言之，显然不具有任意性的自白当然在排除之列，而在警察收集自白证据时违反正当法律程序的场合，对自白是否具有任意性的判断便变得不那么重要了，只要证明警察确有违反程序的行为，即可将此项自白排除不用。

从四十年代到八十年代，美国在自白排除法则问题上，经过了一个时而强调自白的合法性，时而坚持自白的任意性的反复过程（当然，斗争的结果是自白的合法性获得了肯定，而同时也未放弃自白的任意性）。笔者以为，可以将这一反复过程简略地概括为“三进三退”。通过对这种进与退的反复过程进行考察，能够使我们透过美国的争议，看到现代人在自白问题上的矛盾，进而

看到自白问题后面的诉讼价值观问题。

先看看所谓"一进"。

仅仅以自白的任意性为自白容许性根据的时代，在1943年就已结束。因为在这一年里，联邦最高法院在自白问题上推出了具有划时代意义的判例——Mcnabb v.U.S案的判决。该院在此案的判决中认为，被告的自白是警察局在违法拘禁期间内（超过将被告在逮捕后带至治安法官面前所需的拘禁期间）取得的，并且被告的律师与友人均不在场，而这显然违背了宪法修正案第4条（公民人身不受非法搜查、拘留、监禁的权利）和第6条第4款（公民有权获得律师帮助）的规定，背离了美国刑事诉讼程序的文明基准，因而被告的这一自白不具有合法性，应予排除。由此创立了以"程序违法"为基础的新的自白排除法则。十三年后的1957年，联邦法院又以Mcnabb案所确定的规则为根据，作出了类似的判决。该院在Mallory v.U.S案的判决中指出，被告人是在警察局延长拘禁期间内进行供述的，并且警察未告知被告其陈述可能作为不利于其的证据，也未告知其有律师协助的权利，因此此项自白应当予以排除。这样便在美国证据法上形成了Mcnabb Mallory法则：如果自白是联邦官员在将被告延长拘禁期间内所取得，无论自白的可信性与自愿性如何，在联邦法院的审判中均不得引用。尽管这一法则在当时只适用于联邦，各州并未广泛接受，但回首美国自白排除法则在1943年之前一百五十余年的历史，不能不说这是一个历史性的变革。

继"一进"之后的"二进"，便是著名的Miranda v. Arizona案件的判决。1966年6月13日联邦最高法院对以未告知律师协助权和供述时律师不在场为由上诉的Miranda案件进行了判决，九名法官中的五名主张排除自白，推翻原判，而另四名则表示反对。美国式的民主终于使该案的判决成为美国自白排除规则现代发展史上的一个里程碑，这一判决同时也成为美国证据法向

题上最有争议的判例之一。在联邦最高法院首席法官沃伦宣布的该院的判决中，第一次明确规定了如下原则：①除非被拘禁中的涉嫌人被告知具有沉默权与律师协助权，警察不得侦讯；②涉嫌人在表示将保持沉默时，讯问必须停止；③如果涉嫌人表示要聘请律师协助，那么在律师到达之前，或者涉嫌人无能力选任而指定律师到达之前，讯问应当中止；④如果讯问在没有律师在场的情况下继续进行，且涉嫌人有所陈述，那么政府便有责任证明被告明知（knowing）且明智地（intelligently）"放弃"上述权利。而且这种"放弃"权利，不得以警告后涉嫌人沉默而因此取得陈述事实来进行推定。

作为"三进"的标志，是七十年代联邦最高法院对 Brewer v. Williams 案的判决。Brewer 案中，在被告被送往距离被逮捕地点一百六十公里的途中，陪同前往的官员与其进行了彼此共同的有关信仰问题的谈话。该官员暗示被告为凶嫌，而且被告应该在一场暴风雪即将来临之前说出女孩尸体的藏处，以便女孩的家人为其举行一个虔诚的基督徒葬礼。于是，这场有关宗教信仰问题的谈话演变为官员的侦讯。被告在谈话前虽然曾多次坚持其沉默权与律师协助权，但在这种谈话中，便随着官员的意思作了招供。联邦最高法院认为，此项谈话不具有自白证据的容许性，因为这种谈话违反了 Miranda 原则。该原则第 2 条规定，涉嫌人在表示将保持沉默时，讯问必须停止，而该案的官员在被告表示沉默时，则换了一种方式进行侦讯；该原则第 3 条规定，涉嫌人表示需要律师协助而律师未到之前，讯问应当中止，而该案的官员则无视这一点，继续进行迂回式侦讯。因此，被告 Brewer 的供述应予排除。此判决在自白排除问题上并未创立新的规则，而是在 Miranda 原则受到冲击时对其予以了肯定和支持。显然，这对于 Miranda 原则的存续是非常重要的。

所谓"三退"，正是针对上述"三进"的。

在 Miranda 原则诞生后不久的 1968 年，Ominibus Crime Control and Safe Streets Act 便出台了。该法案的第 2 条规定修正了 Miranda 原则在联邦刑事诉讼中的适用，认为如果自白是出于自愿，在联邦法院就应具有证据能力。至于被告是否知悉沉默权以及律师是否在场，均非重点。重要的是自白的形成是否具备自愿的要件，而是否自愿，则由法官认定。这实际上是对 Miranda 原则的否定，故可视为在自白问题上的"一退"。

该法案毕竟是书面上的冲击，而实际的冲击则是判例。对 Miranda 原则的第一个打击是对 Harris v.N.Y 案的判决。在此案中，联邦最高法院认为，被告在受到有瑕疵的警告之后所进行的陈述，虽然不能作为主要的追诉证据，但可以作为弹劾被告在法庭所为供述的证据。之后的 Oregon v. Hass 案的判决，则对 Miranda 原则进行了进一步的否定，在该案中，警察已告知涉嫌人享有的权利，但在涉嫌人坚持行使其权利的情况下，仍继续进行讯问。然而，联邦法院则肯定了涉嫌人在此种情况下所为的供述证据的容许性，这似乎使自白排除规则倒退到了四十年代之前。不过，这之后的 Brewer 案的判决对这一打击进行了回击，使 Miranda 原则重新获得了生命。

对 Miranda 原则的强有力的打击发生在近二十年之后。即 1984 年 6、7 月间联邦最高法院对排除法则增加的两项例外规定——"最终或必然发现的例外"和"善意例外"。[1] 这两项例外规定是针对非法证据排除法则的，但同时也适用于自白排除法则。这实际上大大限制了 Miranda 原则的适用范围。

以上介绍了美国自白排除法则的形成过程和基本内容。那么，美国学者们的观点如何呢？鉴于自白排除法则与违法证据排除法则在理论上的共性，而下文在介绍美国违法证据排除法则之

---

①参见本书第198—199页。

后，将重点阐述学者们的评说，故这里仅对本书第二章已介绍的帕卡所述犯罪控制模式与正当程序模式在此问题上的主张进行概括。犯罪控制模式当然地反对自白排除法则，其主要理由可归纳为四点：(1) 警察在逮捕涉嫌人后有权立即对其进行讯问，因为只有在涉嫌人尚无能力进行防御时，才可能从其身上获得有价值的资料；(2) 在对涉嫌人进行讯问时，不应有辩护律师在场协助，因为一个律师会做的第一件事就是要涉嫌人保持沉默，而这必将破坏涉嫌人与警察的合作；(3) 在将涉嫌人带至治安法官面前之前，对其拘禁期间的长短，应以警察对其讯问获取足以证明犯罪的资料所需的时间来定，故即使超过拘禁期限，只要是警察为查明犯罪所为，警察就不应因此受到处分，所取得的自白也不应予以排除；(4) 警察非法运用强制力取得涉嫌人的自白，是不应鼓励或宽容的，但强制力的运用本身并不能决定自白的可信与否，故不能因此否定自白证据的容许性。纠正警察错误的途径，只能是警察机构的内部行政措施。正当程序模式则坚决支持自白排除法则，并认为排除自白的理论基础，并非因其不可信，而是着眼于其取得的方法。因此，即使有其他证据足以证明非法取得的自白的内容属实，也并不影响对该项自白的排除。自白排除法则的目的不是为了保证某个案件被告的自白的可信性，而是为了禁止政府在刑事案件中强迫被告自证其罪，以保障多数案件被告的宪法性权利。

日本是继美国之后坚定地采取自白排除法则的国家。通过日本学者的观点和日本的判例实务，我们可以看到自白排除法则的移植形式。同时，也能够加深对这一规则的认识。

日本宪法第 38 条规定："以强制、拷问或胁迫所取得的自白，或者经过不适当的长期扣留或拘禁后的自白，都不得作为证据。"日本刑事诉讼法第 319 条规定："出于强制、拷问或胁迫的自白，在经过不适当的长期扣留或拘禁的自白，或其他可以怀疑为

并非出于自由意志的自白，都不得作为证据。"

日本学者在自白排除法则问题上主要有三种主张：（1）排除虚伪说；（2）维护人权说；（3）排除违法说。[1] 排除虚伪说认为不任意的自白虚伪的成份多，阻碍实体真实的发现的危险性大，故不能承认其证据能力。[2] 可以说，这一学说的立足点是不任意自白的不可靠，目的则是为了发现实体真实。排除虚伪说受到了其他学说的抨击，尤其是受到了人权维护说的抨击。这一学说认为，在不任意的自白被证明具有真实性的时候，或者在以不任意自白为契机（线索）收集到其他证据的时候，从虚伪排除说出发，便没有排除的理由了。因此，虚伪排除说对不任意自白的排除，是缺乏根据和力度的。人权维护说认为，在证据法领域内实现以沉默权为中心的犯罪人的人权保障制度，其基本保证手段就是排除不任意的自白。[3] 为了实现宪法第 38 条第 1 款关于沉默权的规定以及第 36 条关于禁止公务员拷问等规定，仅仅追究公务员的滥用职权罪和暴行凌虐罪的犯罪责任是不够的，还必须排除通过强制、拷问等非法手段获取的自白。因此，排除不任意自白，不是因为这种自白具有虚伪性，而是因为获取自白的方法侵害了有关犯罪事实认否的意思决定的自由。不过，对人权维护说也不是没有批判。违法排除说就认为这一学说把沉默权与自白排除法则混为一谈，而且，所谓"受拘束的自白"的排除理由也并不充分。违法排除说主张，排除自白，不是为了排除虚伪，也不是为了保障沉默权的实现，而是为了保障在自白的收取过程中贯彻正当法律程序。将这一主张作为自白排除法则的理论基础，就使

①铃木茂嗣著《刑事诉讼法》第196页，青林书院。

②青柳文雄著《刑事诉讼法通论.五订版》第658页，立花书房。

③江家义男著《刑事证据法的基础理论》（订正版）第29页，有斐阁。

违法排除说在现今变得相当有力了。[1] 简单地说，这一学说无视自白的任意性，只重视取得自白手段的合法性，主张凡是违法收集的自白，原则上应当否定其证据能力，而不任意的自白当然地也属于违法排除之列。

日本的判例历来都是从"任意性"的观点出发来运用排除法则的，故这与虚伪排除说是一致的。不过，从七十年代后期的最高法院的判例来看，在自白排除问题上，实际上也考虑到自白收取活动的违法性。因而学者们认为，判例已经接近违法排除说。

透过上述美国和日本的诉讼理论和司法实务在自白排除法则问题的矛盾和选择，我们从中可以看出，自白排除法则有三个基本理论问题：(1) 自白的任意性问题；(2) 违法行为与自白的容许性问题；(3) 排除自白后对被告人的处置问题。以下将在评价自白排除法则的基础上，着眼于如何设立我国的自白排除法则，重点阐述上述三个问题。

1、自白的任意性问题

所谓自白，就是自我表白心迹(《辞源》) 或自己说明自己的意思(《现代汉语词典》)。故一般意义上的自白，其标准只有一个，就是自白人自愿。违背自白人意志和意愿的表白，不成其为自白。刑事诉讼中的自白也是一样，必须是被告人基于自由意志的选择，即被告人自愿供述；被告人在被迫状态下的非任意性供述，不能作为证据。自白必须具有任意性，否则应予以排除，这是自白排除法则中牢不可破、不容怀疑的原则。否定了这一原则，也就从根本上否定了自白排除法则。英国以排除基于不当诱因的自白或不自由的自白为基本内容的"考门罗原则"，之所以能够拥有常青不老的生命力，其原因就在于它遵从了刑事诉讼中自白的必然规律。美国自白排除法则在本世纪四十年代发生了剧

[1] 田宫裕论文"自白在证据法上的地位"，《警察研究》第34卷3号第3页。

变，自白的容许性的根据，从“自白的任意性”推进到“程序的合法性”。这一剧变也表明，在美国，自白的任意性已经成为公理。新的自白排除法则虽然更多地关注“程序的合法性”问题，但这并不是对自白任意性的轻视。从新法则全面和彻底地禁止政府官员非法取供的基本精神上来看，可以说是对自白任意性的强化。即使反对新法则的法案和判例，也是以自白的任意性为根据来为非法取得的自白的容许性辩护，这更加证明了自白任意性的公理性。日本学者的虚伪排除说为了排除虚伪而否定不任意自白的证据能力。撇开这一学说在自白排除法则问题上的局限性不谈，仅就其坚决维护自白的任意性这一点上来看，无疑是正确的。虽然，就基本立场而言，人权维护说和违法排除说是对虚伪排除说的否定，但在上述问题上，可以说“三说”的观点是一致的。日本的判例在自白排除上，历来以自白的非任意性为基准。只是七十年代后期，转而重视自白的收取方法的违法性问题。这表明，在日本的审判实务中，自白的任意性已在法官中形成共识。

纵观英、美、日三国的自白排除法则，可以清楚地看到其中不容质疑的一条证据法规则。这就是非任意的（或非自愿的）自白不能作为证据，必须予以排除。当然，笔者在这里坚定地肯定这一规则的合理性，并不是基于这一规则在英、美、日三国自白排除法则发展历史上始终受到人们毫不迟疑地遵行，而是因为这一规则是刑事诉讼中自白证据得以存在的根本保障。

自白证据是被告人自愿对案件事实和情节的供述。倘若被告人的供述不是自愿的，那么，就一定有某种外力驱使被告人供述。驱使被告人被迫供述的外力，就是法律上禁止的非法取证行为。因而，非任意性自白的背后必定有某种非法行为，或者可以说，非任意性自白始终是与非法取证行为相结合的。自白排除法则所要排除的自白，首先就是这种在违法行为驱使下的非任意性

自白。美国在本世纪四十年代新的自白排除法则创立前所排除的自白，日本在本世纪七十年代以前所排除的自白，都是这种非任意性自白。排除这种自白，当然也是对执法官员非法取证行为的否定，但其主要目的则在于排除自白的伪虚性，保证自白证据的客观性，以使其成为发现案件真实性情况的证据之一。

虽然，在美国，自白的任意性已被自白的合法性取代，在日本，虚伪排除说已被违法排除说取代，但是，笔者以为，为了在我国确立合理的自白排除法则，对应当排除的自白进行层次分类，进而首先肯定对非任意性自白的排除，是必要的。事物的发展总是有个渐进的过程，人的认识的发展也是如此。试图在根本没有自白排除法则的我国跨越式地立即确立一个现代意义上的自白排除法则，而不去理会自白排除法则的原初形态，是不可取的。

在违法行为驱使下的非任意性自白，应当予以排除。那么，针对被告人实施的违反程序的行为，并未直接驱使被告人进行非任意性自白，或者虽然有违反程序的行为，但被告人的自白仍具有任意性时，对这种自白是否应予排除呢？这便是以下将要研讨的问题。

2、违法行为与自白的容许性问题

作为美国自白排除法则"一进"的两个判例，都是排除了未被告知有律师协助权的被告人在警察局延长拘禁期间内所作的自白。作为"二进"标志的 Miranda 案件的判例则通过其所创立的原则，严格地保护被告人的沉默权和律师协助权，警察稍有触犯，自白就可能被最终排除。而作为"三进"的判例不过是在 Miranda 原则受到冲击后，对此原则进行再次肯定和有力维护而已。因此可以说，美国现代自白排除法则的目的，就是为了保护被告人的不受非法拘禁权、沉默权和律师协助权，反击并防止政府官员对这些宪法性权利的侵犯。由此也可以看出，美国现代

自白排除法则所关心的不是自白本身是否可靠、可信，而是被告人的宪法性权利是否被忽视、被侵犯；排除自白仅仅是手段而已，保障个人权利才是目的所在。特别是 Miranda 原则，使被告人的沉默权和律师协助权成为神圣不可侵犯的权利，警察对于以宪法为支撑的 Miranda 原则，只有服从而别无选择，否则其全部侦讯工作将不仅劳而无功，而且劳而有过。这样一来，侵犯被告人宪法性权利的违法行为，便成为自白的克星——有违法行为，就没有能够作为证据的自白，违法行为与自白的容许性已对立到“你死我活”的地步。

那么，应如何评价美国现代以违法行为的存在为排除自白之由的自白排除法则呢？笔者以为，美国的自白排除法则如同美国的其他原则、制度一样，是美国的历史与民族传统、政治与法律文化、经济与社会发展等诸种因素综合作用的产物。对这一法则，应当有两个基本估计，一是现代自白排除法则反映出现代刑事诉讼发展的规律，体现了人类在刑事诉讼上的历史进步，其主要方面无疑应该予以肯定；二是现代自白排除法则是刑事诉讼发展到一定历史时期的产物，是美国人在美国种种发展因素驱动下的创造，可被别国借鉴但不能照搬。

前文已从借鉴的角度初步思考了自白排除法则，认为首先应当肯定的是对非任意性自白的排除。由于排除非任意性自白是美国近代意义上的自白排除法则的内容，故可以说前文的认识不过是近代化的（在我国，就连这种认识也尚未确立）。而在违法行为与自白的容许性问题上我们应采取何种态度，则表明了我们在自白排除法则问题上的现代观。笔者认为，美国用排除法则保护被告人的不受非法拘禁权、沉默权和律师协助权，这在美国是合乎规律的事情。然而，在并不承认被告人的沉默权，也未赋予被告人律师协助权（侦查程序中），而且大量采用作为法外拘禁手段的收容审查的我国，则根本谈不上如何借鉴美国现代自白排除

法则模式的问题。不过，这并不是说我们在此问题上的观念只能停留在近代。我们可以从我国的实际出发，对阻却自白容许性的违法行为进行性质和程度的限制，从而提出确立接近现代的我国自白排除法则的构想。

笔者认为，在我国，阻却自白容许性的违法行为应为以下两类。第一，违法收取自白而构成犯罪的行为。详言之，公安司法机关的人员如果在收集口供时采取了非法行为，因而构成了犯罪，那么，在审判中就应将此项口供排除，不得借口査证属实而加以引用。在此问题上不能留有余地，只要口供是在违法且犯罪的行为驱使下收取的，就一律予以排除。因为，倘若连这一点都不敢明确地肯定，那么在我国便根本不可能设立现代意义上的自白排除法则。这里所说的犯罪行为，主要指刑法第 136 条规定的刑讯逼供罪、第 143 条规定的非法拘禁罪和第 189 条规定的体罚虐待被监管人罪。作为刑讯逼供罪的行为人主观方面的犯罪目的就是为了逼取口供。如果在追究刑讯逼供犯罪人刑事责任的同时，却承认刑讯逼供的"成果"——口供的证据能力，则实际上意味着刑讯逼供的手段虽构成了犯罪，应予否定，但刑讯逼供的"成果"则是合法的，应予肯定——这种在中国大陆盛行的"逻辑"，必须受到鞭挞。非法拘禁罪常常是为了逼压口供而实施的。你不招，我查不清楚，就无证（逮捕证）或无限期关你，你熬不住了，就会不打自招。体罚虐待被监管人罪的行为人也常常把体罚和虐待作为逼压口供的手段。你不招，我就冻你、饿你、有的是办法折腾你，你受不了皮肉之苦，便自会招供。因此，对于这两种变相逼压口供的犯罪行为所获取的口供，必须否定其证据能力，只有这样才能表明法律对这两种犯罪的否定性评价的彻底性。第二，违法收取自白虽未构成犯罪，却是已达到一定程度的行为。我国刑诉法第 32 条明确规定："……严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法方法收集证据。"这里的"严禁"，

表明立法者严厉禁止的态度。然而，我们尚不能据此认为，既然法律并未加限制地一律严禁违法收集证据的行为，那么，只要有违法收取的行为，不管其程度如何，由其所获取的证据应一律禁止使用。因为，如果如此简单地理解并执行法律，那么在我们这样一个公安司法人员并未普遍地形成良好法律修养的国家，审判中的多数被告人都可能提出在侦查或其他程序中受到不法侵犯的证据，从而使其以前的口供均归于无效，而这显然不符合我们建议设立自白排除法则的初衷。那么，何种程度的违法收取口供的行为才能阻却自白的容许性呢？笔者认为，在违法行为达到应受党纪、政纪处分的程度的时候，由这种违法行为收取的自白应当在审判中予以排除不用。对这种情况下的自白的否定，是与对这种违法行为的党纪、政纪的否定一致的。这样，既有利于保护被告人的合法权益，又有利于教育违法者和警戒其他公安司法人员。

另外，还须指出，对于不构成犯罪和未达到一定程度的违法行为所收取的自白，虽然不应排除，但并不能立即肯定其证据能力。对于这种自白，只有在审判中查明确属被告人自愿供述并且属实，才能作为证据使用，否则，也一样会被否定。不过，这已经超出了我们在这里所探讨的问题的范围。

3、排除自白后对被告人的处置问题

笔者以为，美国的自白排除法则的建立和发展之所以经历了“二进三退”的反复，之所以至今仍在美国学界和司法界引起争论，其根本原因就是这一法则实际上决定着被告人的命运，决定着刑事诉讼的命运——不排除自白，被告人往往被认定有罪，刑事诉讼便继续推进；排除自白，被告人则获无罪宣判，刑事诉讼就此终止。在 Mcnabb 案和 Mallory 案件中，除了自白，仍有其他证明被告构成犯罪的证据。但是，当美国联邦最高法院以警察侵犯了被告人的不受非法拘禁权和律师协助权为由，排除了自

白、推翻了原审的有罪判决时，其他证据便毫无证明意义了，两案的被告都获得了无罪宣判。在著名的 Miranda 案件中，除了被告本人的供述外，还有被害人的指认和其他物证材料。然而由于警察在讯问时未告知被告有律师协助权和供述时律师不在场，不仅使他们收取的自白被联邦最高法院排除，而且他们所收集的其他一切证据材料，都随之付诸东流。被告在这场漫长的官司中由于警察的违法行为而最终赢了，被宣告无罪释放了。尤其是在 Brewer 案中，被告供出了被害女孩的尸体埋藏处，而且警察也由此找到了尸体，但警察的诱供，侵犯被告人沉默权和律师协助权的违法行为，却最终使被告的自白被排除，其间接证据也由此被抛在了一边，案件又以被告无罪而了结。

笔者曾把美国在此问题上的做法概括为这是美国人在实体真实与法律程序冲突面前的选择，并作了初步评价。认为选择法律程序，即排除非法收取的自白是没错的，但对案件做无罪处理，则未免走得太远了。排除了非法收取的自白，应审查其他证据，如果其他证据足以认定被告人有罪，同样仍然能够判决被告人有罪；如果其他证据不足以认定被告人有罪，则宣告无罪。[1] 现在看来，这种看法似乎有些中国化、简单化了。如前文所述，美国有美国的历史与民族传统、政治与法律文化和经济与社会发展状况，因而，评价美国的任何原则、制度都不能脱离美国的历史与现实，否则就难免浅薄。也许，用自白排除法则全面否定警察的违法行为以及由此展开的所有侦查工作，将被告人从刑事诉讼中彻底解放出来，正是美国创立现代自白排除法则的价值追求所在。刑事侦查，以口供为线索发现其他证据材料，是一条捷径，也是通常的做法。如果口供是采取非法行为获取的，那么，由口

①参见笔者与莫晓美对话录“实体真实与法律程序的冲突及选择”《中外法学》1990年第4期

供而发现的其他证据材料，就是非法行为的衍生物，故理应被纳入排除之列。由此说来，在排除了非法获取的口供和由这种口供而收集的其他证据之后，认定被告有罪的证据就消失了或者不充分了，因而宣告被告人无罪也就是自然的了。当然，美国适用自白排除法则，便对被告作无罪处置，其根据不仅仅是来自于上述简单的推理，更重要的是以绝对性的结论强有力地保护被告的宪法性权利，同时强有力地回击警察的违法侵权行为，并试图以此预防非法取供。

然而，美国的做法毕竟是美国的，在我国则是行不通的。不过，既然需要在我国设立自白排除法则，那就必然存在着排除自白后对被告人如何处置的问题。笔者认为，对此问题可根据不同情况分别解决。第一种情况法院在排除自白后，案件便缺乏主要证据，致使案件主要事实不清。根据刑诉法有关规定，法院应直接宣判被告人无罪。第二种情况，自白被排除后，尚有其他证据，但并不充分，不足以定案。根据最高人民法院的有关司法解释，法院可退回检察院补充侦查。但如果经过补充侦查仍不能查明案件主要事实，倘若检察院再行起诉，法院应以事实不清，证据不足，不能认定被告人有罪为由，宣判被告人无罪。第三种情况，排除自白后，仍有其他合法收集的证据足以认定被告人有罪。根据刑诉法第35条关于“……没有被告人供述，证据充分确实的，可以认定被告人有罪和处以刑罚”的规定，法院可认定被告人有罪并通过判决定罪量刑。至于以非法手段获取的自白为线索收集的其他证据材料，是否应与该项自白一起被排除的问题，在我国探讨实在为时过早。

以上笔者从美国与我国不同的历史和现实出发，对美国自白排除法则和如何在我国设立自白排除法则的问题进行了初步的研讨。笔者相信，虽然我国有着久远的刑讯逼供的历史传统且在现代仍时有发生（如“文革”），虽然我国第一部刑事诉讼法典在宣

告“不轻信口供”后实践中仍不同程度地存在着刑讯逼供、压供、诱供、骗供等非法取供现象，但是，倘若我国真诚地吸取国外的经验，妥善设立自白排除法则并切实加以适用，那么，必将逐步有效地消除非法取供的司法阴暗面，揭开我国刑事司法的新篇章。

二、违法证据排除法则

在普通法（Common Low）中，取得证据的方法，并不影响证据本身的容许性（Admissibility）。因此，可以说违法证据排除法则不是英国人的传统，而是美国人的独创。这一规则的产生（1885年）比自白排除法则（1943年）早50多年，而且其确立的过程也不象自白排除法则那样复杂，然而，学界和司法界对此规则的争论则是围绕自白排除法则的争论所无法比拟的。因此，这里在简介此规则的同时，将着重介绍对此规则的不同评说。

违法证据排除法则在美国产生，其发展过程，可分为联邦最高法院确立、各州选择适用和各州必须适用三个阶段。

虽然1791年的美国宪法修正案明确规定，个人的财物、文件、住所不受非法搜查、扣押，但是在修正案实行后，非法搜查、扣押的证据仍然可以适用，不予排除，对于违法搜查、扣押的救济，通常都是由受害人提起侵权行为之诉。然面，1885年联邦最高法院为了彻底地实现宪法修正案第4条对公民权利的保护，在Boyad v.U · S—案中毅然宣布，凡联邦官员违反第4条修正案规定，对被告人身体或财产进行搜查、扣押，因此所获资料，在联邦最高法院不得作为不利于被告的证据，由此在美国首次性地设立了违法证据排除法则。虽然，联邦最高法院在1904年的Adams v.New York一案中，曾一度废弃这一规则，但在10年后的1914年的Weeks v.U · S一案中，则最终确立了这一

规则。在该案中，联邦最高法院指出，该院对联邦官员违法搜查、扣押所得证据，予以排除，不得引用，Weeks 原则的要点有二：（1）违法证据排除法则所排除的违法证据，仅限于违反"联邦搜查与扣押法"（Federal Search—and—Seizure Laws）所获得的证据，并非对所有的非法取得的证据均能适用；（2）对于州或其他地方官员非法搜查与扣押而获得的证据，即使联邦官员本身并不违法，在联邦法院内也予以排除 同时联邦法院还禁止联邦官员向各州法院提出自己非法搜查、扣押的证据。可见这一原则只适用于联邦法院和联邦官员，对各州法院及其官员没有效力。

Weeks 原则在联邦最高法院确立后，有的州采取了违法证据排除法则，有的州则有所限制地适用这一规则（例如在某些案件上不适用），而多数州则不予采纳。1949 年联邦最高法院通过对 Wolf v.Colorado 一案的判决，一方面宣布宪法第 4 条修正案可经由第 14 条修正案的规定（法律平等保护），对各州一体使用，各州政府因此不得进行非法搜查和扣押；另一方面多数意见则认为，对于非法搜查、扣押的证据是否适用排除法则，仍交由各州自行决定。这反映出联邦最高法院的动机：既想用宪法第 4 条修正案约束各州，又不好强制各州适用排除法则。到 1954 年，联邦最高法院仍没有决心将排除法则推行于各州。在 Irvine v.California 一案中，联邦法院虽然认为宪法第 14 条修正案关于正当法律程序的规定是美国公民的一项宪法权利，所有美国公民均不受无理的搜查与扣押，但同时又指出关于非法搜查与扣押的证据的容许性问题，因法律并无明文规定，所以各州仍有自行斟酌权。

违法证据排除法则在六十年代初神奇地成为美国刑诉中最引人注目的规则，因为厄尔·沃伦当了首席法官，且新自由主义者成了多数派的联邦最高法院，正是通过在全国强有力地实施这一

规则，发动了一场对现今美国刑事司法仍具有强烈影响力的正当法律程序革命。这场革命的实质就是，联邦最高法院试图从最高一级把严格的宪法规则强行贯彻下去，并且要求在所有的案件中遵守这些规则，以便对美国的司法进行改革，特别是对国家的警察机构加以整顿。宪法第 4 条和第 14 条修正案成为联邦法院首先关注的条款。于是，排除法则成为联邦法院意图推行于全国的第一个规则。1961 年的 Mapp v.Ohio 一案便是联邦法院强制各州适用排除法则的著名判例。1957 年 5 月 23 日，警官们为了搜捕一爆炸案的嫌疑犯，在没有搜查证的情况下，非法搜查了 Mapp 的住宅。在 Mapp 因警官们没有搜查证而与他们发生争执并被铐上手铐后，警官们意外地在地下室发现了通常能够据以给被告人定罪的猥亵材料。于是，警官们扣押了这些材料，并最终使检察官据此对 Mapp 提起了公诉。Mapp 也因此介入了一场漫长而艰难的刑事官司，从而最终成为当时美国人人皆知的"著名"被告。在对 Mapp 进行审判时，也没有出示搜查证，但 Ohio 州最高法院认定 Mapp 有罪，因为证据不是使用蛮横的或者损害肉体的暴力从被告人身上收集来的。但是，联邦最高法院以勉强的多数票推翻了对 Mapp 定罪的判决。其根据是，警察人员已经违反了宪法修正案第 4 条关于非法搜查和扣押的禁令，而这项禁令是根据宪法修正案第 14 条的正当程序条款适用于各州的，今后，在没有正式证件的情况下所收集的证据，必须在各州的审判中予以排除，不得作为证据。代表联邦法院多数派发言的克拉克法官说："当我们一旦认识到宪法修正案第 4 条所包含的关于私生活秘密的权利应实施于各州，并且认识到，保护公民不受州的官员粗暴侵犯私人生活秘密的权利是来自宪法的，我们就不能容许这种权利仍是徒具虚名的诺言"。这样，联邦法院仅通过一个案件的审判，便使违法证据排除法则在美国各州拥有了效力。同时，通过这一具有划时代意义的审判，拉开了正当程序革命的序

幕、使宪法修正案的其他条款以及实现这些条款的其他规则，一个个地被贯彻于各州的审判。

不过，在1984年，违法证据排除法则与自白排除法则一起受到了联邦最高法院的强有力的限制。如前文所述、联邦最高法院对排除规则所增加的两个例外规定，即"最终或必然发现的例外"和"善意例外"，大大限制了违法证据排除法则的适用。由于搜查和扣押的非法手段可以通过"例外"而被谅解和认可，故可以说，美国在刑事诉讼上的选择，已经从优先选择正当法律程序，转变为优先选择实体真实。

自Mapp案件的判决在各州确立违法证据排除法则之后，此规则便成为美国刑诉理论中最具火药味的问题之一。时至今日，争论仍不得缓和。

反对者主要从两个方面向违法证据排除法则发起进攻。第一，抨击违法证据排除法则本身。著名的理由是标语式的，即"不能因治安官犯错，让犯罪人逍遥法外。"认为排除规则只会打击警察人员的士气，影响控制犯罪的效率与成果，并给予犯罪人利益，使其更为嚣张。同时认为，通常对于警察人员违法搜查与扣押危险性的评论均属夸大，警察并不会侵犯守法公民的住所。个人如果行为端正，便根本无须惧怕搜查。如果公民的自由权利受到不法侵害，可以通过损害赔偿之诉获得救济；如果受到官员的故意违法侵害，则可以由有管辖权的法院追究官员蔑视法律的罪责。另一方面，如果犯罪人遭受不法侵害，也可获得同样的救济，但不能因其他违法事项而使其原有罪责得以免除。宪法规定在于保护每个人的合法权利，而不能被作为帮助犯罪者逃避应受刑罚的根据。更有人严厉指出，联邦最高法院推行排除法则是使犯罪人获得自由。虽然这种对犯罪人的协助不是公开的，但结果是相同的。不能不认为，某些犯罪率的上升，正是起因于排除法则的运用。第二，指责联邦最高法院向各州推行排除法则的审判

活动。认为最高法院将排除法则作为正当程序要件、要求各州遵守，并不妥当。事实上，排除法则只是一项证据法则而已。多年来，联邦最高法院一直让各州自行决定是否采用此法则，这无疑是适当的。而最高法院将此法则贯彻于各州审判之中，则是该院企图整顿警察风纪的尝试（to police the police）。但是，需要明确的是，这是行政机构，或者立法机关的任务，而不属司法职权范围。更有人强烈指出，联邦最高法院未经宪法授权，便扮演超立法机构的角色（super-legislative body），剥夺各州立法机关在排除法则问题上的立法选择权，这是无法令人容忍的。

违法证据排除法则的支持者的基本理由是，排除法则的最重要的价值在于回击政府执法官员违反宪法的非法行为，保护公民的宪法性权利。认为非法搜查、扣押行为的实质就是，负责执行法律的政府在执法时违反国家的最高法律，而这是无论如何也无法宽容的。如果政府执法人员公然蔑视宪法所赋予公民的权利保障，而法院却采用这种非法行为的结果，实际上是法院也共同参与了这种非法行为。那么，以公正之形象立于社会的法院还有什么公正和威信可言？同时，采用非法搜查、扣押所得的证据，将使其他侵害公民权利的救济办法成为一纸空文。既然法院不会对执法人员的非法行为加以实际谴责，那么被判有罪的人因此也不会对执法官员提起民事诉讼；即使提起，通常也不会获得实益。因此，唯有违法证据排除法则方能对政府执法官员的非法行为加以强有力的否定性评价，对受侵害公民进行有效的救济，同时也使法院得以保持其应有的形象。另外，排除法则的支持者们对反对者的理由一一进行了驳斥。第一，认为"不能因治安官犯错而让犯罪人得到自由"的说法，是错误的。认为如果警察的非法行为是预先获得其上级的同意或认可的，则并非是治安官的"犯错"，而是整个行政执法部门对宪法的蔑视。因而对警察活动的限制，是来自州与联邦宪法赋予公民的基本权利保障，而并不是

来自排除法则本身。实际上，在所有的案件中，真正进入审判程序的只有 10%。在这些案件的审判中，涉及排除法则的也并不多见，大多数案件在审判前的罪状认否程序中就已终结。如果警察曾有非法行为，在控辩交易时，被告方面便显然具有较佳的谈判筹码。但被告并未因此获得无罪释放，即使被告获得较低刑度的刑罚，也并非完全得以逃避刑罚。因此，把警察的非法行为说成是个人的"犯错"是不准确的，而认为排除法则使犯罪人得到自由，也是缺乏根据的。第二，针对反对者提出的犯罪率上升就是因为适用了排除法则的观点，支持者认为，某一特定地区或某一州内犯罪率的波动，是多种因素综合作用的结果，至今仍无确切的调查统计表明，原因是适用排除法则。第三，反对者认为排除法则打击了警察人员的士气，影响了控制犯罪的效率和成果，支持者则提出了相反的论点和论据。认为排除法则的适用，使警察实务有所改善。警察在采取搜查、扣押行动时更多地注意了合法问题，并乐意听取检察官的忠告了。警察局也加强了对警察人员的训练和教育，以使他们成为优良的执法人员。而这一切不是打击了警察人员的士气，影响了侦查工作，而是有益于提高警察人员的素质，推动侦查工作的正确进行。第四，反对者批评联邦最高法院超越其司法职权，试图整顿警察风纪。支持者对此不以为然，认为最高法院如果缺乏此项司法裁决权力，又如何评断各州的立法活动和司法行为是否与联邦宪法相抵触。必须注意的是，最高法院并非一旦警察有所违法便废弃原判决，其所针对的只是警察违反联邦宪法规定的正当法律程序规范的行为。当反对者批评最高法院侵犯了宪法赋予其他机构的权限时，往往忽视了如下事实：正是由于这些其他机构未能实践自身的责任，所以最高法院必须明确地执行职务。

以上介绍了美国违法证据排除法则的确立过程和学者们的不同观点。下面将简单介绍日本学者们在证据排除法则问题上的观

点和判例在此问题上的态度。

如果说对于自白排除法则，日本学者是热情的，判例是趋向积极的，那么便可以说，对于违法证据排除法则，日本的学者则是淡漠的，判例则是消极的。因为，学者们未能象针对自白排除法则问题那样，形成各种学说，审判实务也未创造出具有典型意义的判例。

日本的通说认为，违法收集证据排除法则的理论基础就是：保持整个刑事程序的正当性，防止官员继续实施违法行为，确保作为刑罚主体的国家的廉洁性。那么，何种程度的违法行为方能作为排除规则所要针对的行为呢？这必须首先是违反宪法的行为。根据日本宪法第35条，违反令状主义进行搜查、扣押而取得的证据就是违法收集的证据，它不仅违反了宪法的具体规定，而且违反了宪法所要求的"正当程序"，因而违宪收集的证据必须排除。其次，以刑法上应受刑罚处罚的犯罪行为作为收集证据的手段而取得的证据也必须排除。此外，依照刑事诉讼法应该认定为无效的搜查和扣押，也可以认为是符合排除法则的。如果官员的违法行为与证据之间的因果关系不密切，可以承认其证据能力。一旦官员收集证据的违法行为已被被告方证明时，对官员行为合法性的举证责任就落在控诉一方。被告人明知是违法收集的证据，但积极地同意将其作为证据时，就没有必要否定其证据能力。[1] 反对此通说的观点则认为，在司法警察职员实行违法行为时，对其进行惩戒、处罚，或命其进行损害赔偿便足矣，而排除证据使犯人逃避应有惩罚，难道不是很可笑的事情吗？因为黑加黑等于白难道不是很可笑的逻辑吗？对此抨击，平野龙一教授反驳道：如果刑罚等其他方法确实能够防止违法行为，那么排除违法证据便似乎并不必要了，但是，事实上并非如此。违法行为并

[1] 铃木茂嗣著《刑事诉讼法》第203——204页，青林书院。

非都是单个的司法警察职员的恶意，在成为热心于职业的警察们的整体行动时，处罚单个的下级警察官便没有效果；损害赔偿要进行过失和损害额等的立证，这不仅困难而且需要诉讼费用和时间，故也难以奏效；只有排除违法搜查和扣押收取的证据，并适当地运用这一规则，对于防止警察的违法行为，才是最为有效的方法。[1]

日本的判例对违法收集证据排除法则是相当消极的，直到七十年代末才在一定的范围内承认这一法则。最高法院在昭和 53 年的判例中指出："在证据物的收集程序中，违反宪法第 35 条以及以该条为根据的刑诉法第 218 条第一段所规定的令状主义的精神，构成重大违法时，在如果容许将这种违法收集的材料作为证据，从抑制将来的违法侦查的立场上看并不适当的场合，应当否定其证据能力。[2] 学者们认为，这一判决中的所谓重大违法，其判断基准是暧昧的；在何种程度上关切司法的廉洁性，在这一判决中也是不明确的。显然，学者们对最高法院在违法证据排除法则问题上的缩手缩脚，是不满意的。

美国和日本关于违法证据排除法则的实践发展和理论争鸣表明，违法证据排除法则确实是刑事诉讼中重大而敏感的问题。刑事诉讼中的一切原则、制度、程序和规则无非都是为了给国家机关、工作人员及诉讼参与人提供从事刑事诉讼活动的法律根据，以保证刑诉活动的正当与效率。在各种原则、制度、程序和规则中，唯有收集、审查证据的原则、程序和规则最为重要。而这其中的搜查、扣押证据的程序和规则则在证据法中占据着尤为重要的地位。因为，正是搜查和扣押证据的程序和规则决定着刑事诉

---

① 平野龙一著《刑事诉讼法概说》第184页，东京大学出版会。

② 昭和53年9月7日最高裁判所判决。见《最高裁判所及大审院刑事判例集》第32页第 6 号第 1672 页。

讼的方向。

刑事诉讼是谨慎地针对经法定程序（批准搜查与扣押的程序）被认定为确有嫌疑的特定人员展开的，还是任意地针对不特定的多数公民展开，对这一方向性问题的认识和取舍的思想基础就是，如何理解刑事诉讼与人权保障的关系。在当今世界，法律允许官员任意搜查与扣押的国家是极少的，然而，通过法律或判例法明确规定必须排除违反搜查与扣押法定程序和规则而收取的证据的国家也是极少的。因此，究竟应当如何评价违法证据排除法则确为刑诉重大理论问题之一。

我国是不适用违法证据排除法则的国家，而笔者探讨这一规则的目的，无非是主张在我国初步设立这一规则。在研究我国的问题之前，考察国外违法证据排除法则的发展历史及不同评论是必要的，而对这一规则的有关基本问题进行深入研究也同样是必要的。在确定了正确的价值选择之后，剩下的我们应如何处置的问题也就不难解决了，笔者认为，违法证据排除法则的理论根据问题、利弊得失问题、违法收集证据行为的性质和程度问题，是有关违法证据排除法则的基本问题，以下分别阐述。

1、违法证据排除法则的理论根据问题

笔者以为，美国学界和司法界对违法证据排除法则的争论，仅限于这一规则诸方面的利弊得失及联邦最高法院是否有权向全国推行排除法则的问题，而并未关注排除法则的理论根据问题，这是令人遗憾的。倘若拥护排除法则的人们从排除法则的理论根据这个高度来阐发其理由，在争论中就会更加有理有据。

违法证据排除法则涉及到刑诉中的一个根本性问题，这就是国家政府（行政）执法人员与公民个人的关系问题。政府执法人员在刑诉中的职责的主要方面就是，侦查犯罪案件，查获犯罪嫌疑人，以提交起诉和审判，达到惩罚犯罪 保护社会的目的。因而政府执法人员在履行职责时，将必然地要与公民发生各种联

系。而国外政府执法人员不享有批准逮捕权、批准搜查、扣押权等强制处分权则表明，政府执法人员虽然有权进行一系列侦查活动，但在涉及公民人身自由、住宅和其他财产以及个人隐私等重大问题上，则无处置的决定权，这种决定权在国外要由居于客观、公正立场的法官来行使。如此来限定政府执法人员的权利，源于这样一种政治和法律意识：政府是由作为国家权力拥有者的公民选举产生的，同时又是由作为国家财富创造者的公民养活的，因而政府不能背叛公民的意志和利益，而作为政府属员的执法人员当然也不能对公民的民主权利、人身权利和财产权利以及其他权利进行干涉。如果政府背叛了公民的意志和利益，公民能够通过法定程序使政府解散或罢免政府要员，乃至通过非暴力或暴力方式推翻政府，而如果政府执法人员侵犯了公民的权利，该执法人员就应当受到行政的、乃至刑事的处罚，其侵害行为应被视为无效，其侵害所造成的后果应被消除。因此，可以将政府执法人员与公民在刑诉中的关系表述为：执法人员不得以任何借口擅自侵犯公民的合法权利，公民也不得以任何方式阻碍执法人员的合法活动。

可以认为，违法证据排除法则的理论根据就是上述政府执法人员与公民在刑诉中的关系。排除法则就是，在执法人员超越其法定职权范围，违法搜查与扣押，侵犯了公民的合法权利时，认定违法行为无效——违法搜查与扣押行为为毫无诉讼价值的行为，并同时消除违法侵害所造成的后果——排除违法搜查与扣押所获的证据。可见，否定违法排除法则的观点的致命错误，不仅仅在于一方面否定违法行为本身，另一方面则肯定并接受违法行为的结果，而在于歪曲了刑诉中政府与公民的关系，背离了立法、司法、行政分权的思想。

2、违法证据排除法则的利弊得失问题

美国学界和司法界围绕违法证据排除法则的利弊得失的争

论，可以说是充分的。笔者以为，排除法则的支持者对反对者的反驳是有理有据的，显然在论战中占据了上风。

反对者不能容忍排除法则的根本原因就在于认为“不能因治安官犯错，让犯罪人逍遥法外。”所谓排除法则“给予犯罪人利益”、“打击了警察人员的士气”、“影响了控制犯罪的效率与成果”、“引起犯罪率的上升”等等理由，都来自于排除法则“让犯罪人逍遥法外”的认识。实际上，正如支持者所述，在美国并不存在适用了排除法则便使犯罪人逍遥法外的问题。在这一点上，违法证据排除法则与自白排除法则有所不同。在自白排除法则的适用中，常常因为排除了非法收取的自白以及以这种自白为线索收集的其他证据，从而使案件的合法证据不能认定被告人有罪，故宣判被告人无罪的概率往往较高。而在违法证据排除法则的适用中，则常常是排除了违法搜查、扣押的证据之后，仍有其他合法证据能够证明被告人有罪。由于美国多数案件是在罪状认否程序中终结的，故违法证据排除法则的存在并不意味着所有被告人都会因此拒不认罪（因被告不认罪而进入审判程序的案件只有10%），从而在审判中获得无罪的宣判，而只是在控辩交易中居于有利的地位，并可能因警察的违法行为而获得较低刑度的刑罚。即使案件进入审判程序，因适用排除法则而宣判被告人无罪，也是因为在排除了违法搜查、扣押的证据之后，案件所剩合法证据不能证明被告人有罪。既然不能认定被告人有罪，就不能说被告人是犯罪人，而不是犯罪人的公民，是不存在“逍遥法外”的问题的。因此，从刑诉法理上说，在美国，无论在罪状认否程序中，还是在审判程序中，都不存在适用排除法则便使犯罪人逍遥法外的问题。

笔者主张在我国设立违法证据排除法则，并强调在排除非法搜查、扣押所获证据材料之后，对被告人应慎重处置。在排除了非法证据后，如果其他合法证据仍足以认定被告人有罪，法院可

对被告人定罪量刑；如果证据不足，事实不清，法院可将案件退回检察院补充侦查；如果经补充侦查仍因证据不足而不能认定被告人有罪，公安机关或检察院应撤销案件．若检察院再行起诉，法院应宣判被告人无罪。一有违法搜查、扣押行为，便主张排除非法证据，认定被告人无罪，或者在排除非法证据后，深怕被告人“占了便宜”，而对案件久侦不撤，对被告久关不放，都显然是错误的。违法证据排除法则的适用，易于引发对被告人处置不当的偏差，这也是此规则的消极方面，故当须谨慎从事。

反对者所提出的排除法则的其他弊端，支持者均作出了令人信服的驳斥。另外，反对者认为：“警察并不会侵犯守法公民的住所。个人如果行为端正，便根本无须惧怕搜查”。这种认识过于浅薄。刑事侦查有其特殊的复杂性，嫌疑人究竟是犯法公民还是守法公民，在进行搜查以收取证据的初步侦查阶段往往难以定论；无论警察的合法搜查还是违法搜查，其对象都必然要么是犯法公民，要么是守法公民，怎么能说“警察并不会侵犯守法公民的住所呢?!”个人行为端正，照样会惧怕搜查。莫说守法公民惧怕非法搜查了，就是对合法搜查也同样会惧怕，这是人心理的正常反应。以个人只要行为端正就不必惧怕搜查，来为非法搜查进行辩护，不是太缺乏法制观念了吗?！可见，在关于排除法则的论战中，反对者的一些观点和理由往往不堪一击。至于反对者批评美国联邦最高法院超越其司法职权，试图通过排除法则整顿警察风纪的问题，是美国特有的问题，对于我们评价排除法则关系不大。广泛采用判例法的普通法国家，在对某一判例所创造的原则或规则发生争论时，常常陷人判例的制定是否超越司法权而干涉立法权的论战之中，也往往因此而冲淡了判例的内容是否正确这一问题本身的争论。因此，如果其他国家以立法机关的立法确认违法证据排除法则，美国的反对者否定排除法则的上述重要理由，便显得毫无意义了。

3、违法收集证据行为的性质和程度问题。

如同自白排除法则一样，美国的违法证据排除法则也是不限定违法行为的性质和程度的。只要有违法搜查、扣押行为，由此而获取的证据就予以排除。美国这样做，在美国是合乎规律的事情。对此，我们不能脱离美国的历史与现实，仅依我们的观念和认识来进行随意的评说。不过，如果立足于我国的现实，从借鉴违法证据排除法则的角度考虑，笔者认为日本在违法证据排除法则问题上虽因消极和保守而没有什么建树，但限定违法行为的性质和程度的做法，倒是适当的，对我们有启发意义。

日本的理论对违法搜查、扣押行为进行了分类，具有一定性质的违法搜查、扣押行为所收取的证据，应予排除，而并不是所有违法行为所获证据都将排除。应予排除证据的违法行为，首先是违反宪法的搜查、扣押行为，其次是违法搜查、扣押而构成犯罪的行为，再次是依照刑诉法应该认定为无效的搜查、扣押行为。违反宪法的行为，对于日本来说是很明确的，而对我国来说却未必明确。因为我国宪法明确规定禁止非法搜查，如果认为违反宪法的非法搜查所获证据都应排除，那么所有的非法搜查行为所获证据便都应被排除。因而，也就不存在违法行为的性质和程度问题了。故日本的这一限定不适宜于我国。日本关于违法搜查、扣押而构成的犯罪的行为所获证据应予排除的理论，我们可以借鉴。我国刑法第144条规定了非法搜查罪，这种犯罪行为所获证据应予排除是违法证据排除法则最起码的要求。日本关于依照该国刑诉法应该认定为无效的搜查、扣押行为所获证据应予排除的理论，我们则难以借鉴。因为我国刑诉法虽然规定了搜查、扣押程序，但却没有规定何种违反程序的行为为无效的诉讼行为。如果把违反搜查、扣押的程序的行为都理解为无效的诉讼行为，那么就必须得出所有违法搜查、扣押所获证据都应排除的结论。

日本的判例主张违法搜查、扣押行为在构成重大违法时，由此所获证据应当予以排除。日本学者对最高法院的这一限定很是不满，便通过批评判例所述重大违法并没有明确的判断标准，来否定这一判例。不过，鉴于我国的法制现状，确认只有重大违法行为所获证据才应排除，也是必要的。当然，对重大违法应当有个判断的标准。笔者认为，在我国，重大违法行为应为：第一、非法搜查、扣押而应受到行政处罚的行为；第二，手段恶劣、后果严重的违法搜查行为，例如，以暴力、胁迫方法强行侵入民宅搜查或强行搜查人身的行为，损坏财产、伤害人身的搜查行为等等。

确认构成犯罪的行为和重大违法的行为所获证据应予排除，对于在我国设立违法证据排除法则，有着重要意义。这种限定既不偏激，也不保守，能够保障我国在违法证据排除法则问题上少走弯路。以上对违法证据排除法则的有关基本问题进行了探讨，最后，笔者想正面思考一下在我国设立这一规则还须明确的问题。

首先，在我国设立违法证据排除法则，是有宪法根据的。

宪法第 37 条规定："中华人民共和国公民的人身自由不受侵犯。""禁止非法拘禁和以其他方法非法剥夺或者限制公民的人身自由，禁止非法搜查公民的身体。"第 39 条规定："中华人民共和国公民的住宅不受侵犯，禁止非法搜查或者非法侵入公民的住宅。"第 40 条规定："中华人民共和国公民的通信自由和通信秘密受法律保护，除因国家安全或者追查犯罪的需要，由公安机关或者检察机关依照法律规定的程序对通信检查外，任何组织或者个人不得以任何理由侵犯公民的通信自由和通信秘密。"

宪法用禁止性条款明确否定非法搜查行为（非法扣押行为往往是与非法搜查行为同步进行的）。虽然，刑诉法据此规定了搜查、扣押的程序，但对违反程序的非法搜查、扣押行为却并没有

相应的得力措施，这必然使宪法的禁止性条款得不到切实、有力的贯彻。因此，可以说，在我国设立违法证据排除法则，不仅有宪法的根据，而且是宪法的要求。

其次，在我国设立违法证据排除法则，是有刑诉理论根据的。

这些年，刑诉法学界对非法证据能否运用的问题进行了反复争论。有人主张取证行为是否违法与证据是否属实是两个截然不同的问题，不能因手段非法而否定属实的证据，故即使非法收集的证据也具有证据能力，可以直接适用。而多数意见则认为，非法证据不应直接运用，这是国家法制原则的基本要求，但非法证据可以作为发现其他证据的线索。另外，如果非法证据是证明案情所必需的，则应尽可能将其转化为合法证据。刑诉法学界对证据的特征问题也时有争论。有人认为，证据是客观存在的事物，在公安司法人员收集它之前，它已经客观地存在着；无论合法收集或是非法收集，都不能改变证据的性质，因此合法不能作为证据的特征之一。而多数意见则认为，刑事诉讼证据有其特定的含义，不同于一般意义上的证据。证据的内容是客观的，但是，在公安司法人员依照法定程序收集并进行审查而作为证据运用之前，任何客观存在着的事物，都不具有刑诉证据的性质，故合法性作为证据的特征之一是不能否定的。

如今，主张证据具有客观性、关联性、合法性三大特征的刑诉证据理论的通说，并未被其他新说所驳倒，仍然在证据理论中占据统治地位。笔者认为，对证据的合法性特征提出异议、加以否定的观点，是令人无法容忍的。因为这种观点无视现代刑诉证据的基本法理，表面上看似乎有理，其实根本不值一驳。我国刑诉证据理论中的各种通说，许多都是要重新评说的。但是，主张合法性为证据特征的通说，无论现在、将来，都是不容怀疑的。

合法性为证据特征之一的证据理论，正是违法证据排除法则

的基础理论。可以用一句话非常简明地概括二者之间的逻辑关系：证据必须具有合法性的性质（证据特征），非法收集的材料不能作为证据，应予排除（排除法则）。遗憾的是，多数学者虽然坚信证据的大前提——证据的合法性特征，却否定、怀疑或回避这一前提所推导出的结论——违法证据排除法则。

当然，无论违法证据排除法则，还是自白排除法则，要在我国确立，都将面临重重阻力和困难。但是，笔者丝毫也不相信，我国将来的刑事证据理论和刑事证据立法会朝着背离这两个法则的方向发展。

主要参考书目

一、中文部分

1、约翰·罗尔斯著，何怀宏等译《正义论》，中国社科出版社，1988年版。

2、博登海默著，邓正来、姬敬武译《法理学——法哲学及其方法》，华夏出版社，1987年版。

3、梅因著，沈景一译《古代法》，商务印书馆，1984年版。

4、勒内·达维德著，漆竹生译《当代主要法律体系》，上海译文出版社，1984年版。

5、夏甄陶著《关于目的的哲学》，上海人民出版社，1982年版。

6、沈宗灵著《现代西方法律哲学》，法律出版社，1983年版。

7、张文显著《当代西方法哲学》，吉林大学出版社，1987年版。

8、丹宁著、龚祥瑞译校《法律的正当程序》，群众出版社，1984年版；《法律的训诫》，群众出版社，1985年版。

9、陈光中主编《外国刑事诉讼程序比较研究》，法律出版社，1988年版。

10、王以真主编《外国刑事诉讼法学》，北京大学出版社，1990年版。

11、欧阳涛等编《英美刑法刑事诉讼法概论》，中国社科院出版社，1984年版。

12、黄道编《诉讼法》，知识出版社，1981年版。

13、中国政法大学刑诉教研室编《刑事诉讼法参考资料》第三、四辑，中国政法大学印。
14、陈光中主编《刑事诉讼法学》，中国政法大学出版社1990年版。
15、严端主编《刑诉法教程》，法律出版社1988年版。
16、祝铭山主编《中国刑事诉讼法教程》，人民法院出版社，1990年版。
17、中国法学会诉讼法学研究会编《诉讼法论丛》，中国政法大学出版社1986。
18、茅彭年主编《刑事诉讼法教学参考资料选编》，中国政法大学出版社1989年版。
19、王然冀主编《当代中国检察学》，法律出版社1989年版。
20、陈卫东、张弢著《检察监督职能论》，群众出版社1987年版。
21、台湾李玉娜硕士论文《刑事诉讼二个对立模式之研究》。

二、日文部分

1、井文田侃《刑事程序的构造序说》（昭和46年，有斐阁）；《刑事程序构造论的展开》（昭和57年，有斐阁）；《刑事诉讼法要说》Ⅰ、Ⅱ、Ⅲ（昭和49年、有斐阁）。
2、铃木茂嗣《刑事诉讼的基本构造》（昭和54年，成文堂）；《刑事诉讼法》（昭和63年，青林书院）。
3、田宫裕《侦查的构造》（昭和46年，有斐阁）；《刑事诉讼与正当法律程序》（昭和47年，有斐阁）。
4、平野龙一《刑事诉讼法》（昭和33年，有斐阁）；《刑事诉讼的基础理论》，（昭和39年，日本评论社）。
5、平场安治《刑事诉讼讲义新版（昭和40年，有信堂）。
6、团藤重光《新刑事诉讼法纲要·七订版》（昭和42年，创文社）。

7、松尾浩也《刑事诉讼的原理》(昭和 40 年，东京大学出版社)。

8、渥美东洋《刑事诉讼法要谛》(昭和 49 年、中央大学出版社)。

9、石川才显《刑事诉讼讲义》(昭和 49 年，日本评论社)。

10、井上正治《全订刑事诉讼法原论》(昭和 29 年，朝仓书店)。

11、小野清一郎《刑事诉讼概论》(昭和 29 年，法文社)。

(1)《日本法学》、《法学论丛》、《法律时报》、《研修法学》、《法学教室》、《现代检察》、《警察研究》等刊物所载有关论文。

(2)《最高法院以及大审院刑事判例集》、《高等法院刑事判例集》、《判例时报》所载有关判例。

三、英文部分

1. H. L. Packer, Two Models of the Criminal Process, 113U. Pa. L. Rev. (1964).

2. H. L. Packer, The Limits of the Criminal Sanction (1968).

3. A. S. Goldstein, Reflection on Two Models: Inquisitorial Themes in Amerian Criminal Procedure, 26 Stan. L. Rev. (1974).

4. J. Griffith, Ideology in Criminal Procedure or A Third "Model" of the Criminal Process, 79 Yale L. J. (1970).

5. M. Damaska, Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure, A Comparative Study, 121U. Pa. L. Rev. (1973).

6. M. Damaska, Structures of Authority and Comparative

Criminal Procedure,84 Yale L.J.(1975).

Summary of Contents

Study of the Criminal Proceeding Structure

SYNOPSIS

The criminal proceeding structure [CPS] indicates the legal positions of the prosecuting, defending and adjudicating parties and the relationship among them ,determined by the proceeding purpose, represented by the whole series of proceeding manners in the main proceeding process. The criminal proceeding structure theory is quite different from the criminal proceeding function theory which inquires into the accusing, defending and adjudicating punctions in the trial process, and distinguished from the criminal proceeding legal relationship theory which focuses on the rights and duties of the public security authorities, the judicial authorities and the litigant participants.

The modern theories of CPS were originated from the United States. H.L.Parker's theories of criminal control model and due process model deeply study two tendences of the CPS of the United States both in idea and in actul operation. The initiative theories of criminal proceeding model in the United States not only have far-reaching influence on the theories of CPS in the United States and other Western countries, but also have great enlightening significance to the study of CPS in China. By

comparison,Griffith's model theory,which disprove" the battle model" and maintains "the family model" full of fraternity seem be very feeble. Damaska's theories of official inquiry model and party contest model, hierarchical model and coordinate model, study the basic types of CPS, moreover, take different kinds of ideology, proceeding purposes and forms of power structure which deside CPS as focal points of the study, so as to lead the theory of CPS to a completely new realm. But Goldstein's theories of accusatorial model and inquisitorial model, which put emphasis on surface characteristics of types of CPS, are very limited value in theory.

The basic types of CPS are the accusatorial model and inquisitorial model of the medieval Europe the ex officio doctrine in the modern Continent and the adversary doctrine in the Anglo-American countries. The Japanese proceeding structure is unique ,with the adversary doctrine as the main principle and the ex officio doctrine as supplementary. We may regard the Japanese model as one basic type . Every type has its own characteristics, which altogether constitute the standard of distinction. It is incorrect to confuse the accusatorial model with the adversary doctrine, or to mix the inquisitorial model with the ex officio doctrine. The modern ex officio doctrine and the adversary doctrine assimilate each other, but they do not converge. Owing to the differences between their ultimate pursuits,they produce very different effects in practice. Although either of them has its advantages and disadvantages, the adversary doctrine goes more closely with the law of criminal proceeding development. The Japanese CPS exploits the strengths of both models while dis-

carding their weaknesses, so that it appears more reasonable.

As regards the purpose of criminal proceedings, H.L.Packer holds that the crime control model and the due process model have different ideas of value behind them, J.Griffth prefers the family model to the battle model. Packer's theory was grounded on the contradiction of punishment and protection , whereas Griffth's theory took the compromise of punishment and protection as the basis . The Japanese 'unity' doctrine and 'opposite' doctrine concerning the relationship between substantative truth and due process of law are inevitably one-sided, even though lesser than the theories of Packer and Griffth. In China, we consider the purpose of criminal proceeding as punishing crimes and protecting human rights. The both aspects are opposite and dependant on each other as well. The punishment of crimes and the protection of human rights show the seeking of substantative truth and process of law; when there is a conflict between substantative truth and process of law, it is right to choose process of law.

The Chinese CPS has its unique characteristics which can't be covered by the CPS theories, i.e. the three separate parties of prosecurator, defendant and adjudicator constitute the subjects of the CPS; the accusing party and the defending party are both opposite and unitary, which determines their special legal positions; the prosecuting party and the adjudicating party both cooperate and check each other, which leads to the special relationship between them. Seen from the aspect of structure type, the chinese CPS belongs to the ex officio doctrine as a whole, though it looks somewhat like the adversary doctrine. There are a

lot to be improved in all the procedures of investigation, prosecution and trial. In order to comply with the tide of development, our way of reforming the CPS lies in absorbing the reasonable factors of the adversary doctrine.

The aim of improving our CPS is to readjust the legal positions of the prosecuting, defending and adjudicating parties and relations betweem them, put the prosecurator and defendant in equal positions , the adjudicator in an objective and just position. As the investigation process is concerned, we should maintain the defending lawyers' participation and their rights in the proceedings; regularize and systemize the supervision over investigation; perfectize the investigatory coercive measures; contribute the deciding power in seizure and detention to the procuratorate; establish separation and check among the accusing, defending and adjudicating parties in the process of case which investigated by the procuratorate. establish the bail system, really guarantee liberties of the defendents which did not lost. In respect of the prosecution process, we should make it a rule that exemption of prosecution should be affirmed by the defendant; acknowledge and protect the defending lawyers' rights in the prosecution process. In the prosecution manner, we may transplant the 'charge—statement—ouly' doctrine so as to lay a sound foundation for reforming our CPS. In regard of the trial process, we should be clear about the non—accusing nature of the judge's burden of proof so as to maintain his objectiveness and fairness and the equality between the prosecuting and defending parties; we should also acknowledge the values of the principle of direct trial and the parole' principle, adopt cross—examination directed by the judge, to effectize the

court trial. So as to refrain from formularization of trial in court, and take practical effect. As to law of evidence, the exclusionary rules of self–incrimination and illegal evidence should be established, and the phenomenon of illegally obtaining evidence should be eliminated. The criminal procedure soulc bring about honesty and justice.